

GUSTAVO FILIPE BARBOSA GARCIA

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO

TEORIA GERAL DO DIREITO

DIDÁTICA DIFERENCIADA

3.^a edição
revista e atualizada



EDITORA
MÉTODO

DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [Le Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de oferecer conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

Sobre nós:

O [Le Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: [LeLivros.link](#) ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados [neste link](#).

"Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não mais lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade poderá enfim evoluir a um novo nível."



INTRODUÇÃO
AO **ESTUDO**
DO **DIREITO**

TEORIA GERAL DO DIREITO

DIDÁTICA DIFERENCIADA



O GEN | Grupo Editorial Nacional reúne as editoras Guanabara Koogan, Santos, Roca, AC Farmacêutica, Forense, Método, LTC, E.P.U. e Forense Universitária, que publicam nas áreas científica, técnica e profissional.

Essas empresas, respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras que têm sido decisivas na formação acadêmica e no aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e de estudantes de Administração, Direito, Enfermagem, Engenharia, Fisioterapia, Medicina, Odontologia, Educação Física e muitas outras ciências, tendo se tornado sinônimo de seriedade e respeito.

Nossa missão é prover o melhor conteúdo científico e distribuí-lo de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade, sem comprometer o crescimento contínuo e a rentabilidade do grupo.

GUSTAVO FILIPE BARBOSA GARCIA

INTRODUÇÃO AO **ESTUDO** DO **DIREITO**

TEORIA GERAL DO DIREITO

DIDÁTICA DIFERENCIADA

3.^a edição
revista e atualizada



SÃO PAULO

- A EDITORA MÉTODO se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2015 by

EDITORAMÉTODO LTDA

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Rua Dona Brígida, 701, Vila Mariana – 04111-081 – São Paulo – SP

Tel.: (11) 5080-0770 / (21) 3543-0770 – Fax: (11) 5080-0714

metodo@grupogen.com.br | www.editorametodo.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998)..

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- Capa: Danilo Oliveira

Produção digital: Geethik

- CIP – Brasil. Catalogação-na-fonte.

Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Garcia, Gustavo Filipe Barbosa

Introdução ao estudo do direito : teoria geral do direito / Gustavo Filipe Barbosa Garcia. – 3. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2015.

Bibliografia

ISBN 978-85-309-6274-6

1. Direito - Estudo e ensino - Brasil. 2. Direito - Filosofia. I. Título.

09-5343.

CDU: 34:378.4(81)

“O que anda em justiça e fala o que é reto; o que despreza o ganho de opressão; o que, com um gesto de mãos, recusa aceitar suborno; o que tapa os ouvidos, para não ouvir falar de homicídios, e fecha os olhos, para não ver o mal, este habitará nas alturas; as fortalezas das rochas serão o seu alto refúgio, o seu pão lhe será dado, as suas águas serão certas”.

(Is. 33:15-16)

NOTAS PRÉVIAS DO AUTOR

Esta obra tem o objetivo de apresentar, de forma didática e acessível, a matéria relativa à disciplina *Introdução ao Estudo do Direito*, também denominada *Introdução à Ciência do Direito*.

Procurou-se analisar os temas sob o enfoque da *Teoria Geral do Direito*, apresentando ao leitor um panorama das diferentes questões relacionadas ao Direito e à Ciência Jurídica.

Nesse sentido, o presente livro permite oferecer uma verdadeira introdução àqueles que se iniciam ou se interessam pelo estudo jurídico-científico, apresentando os seus conceitos básicos e essenciais, tão necessários para a sólida formação do profissional do Direito, permitindo-lhe, a partir disso, o devido aprofundamento em seus diversos ramos.

Os temas são estudados com o necessário enfoque teórico, apresentando, quando necessário, os diferentes posicionamentos a respeito, mas sem perder de vista a importância para a efetiva aplicação, interpretação e atuação do Direito nas relações sociais.

Espera-se, assim, que a obra possa apresentar contribuição para a evolução do pensamento científico.

Nota da Editora: o Acordo Ortográfico foi aplicado integralmente nesta obra.

SUMÁRIO

I. DEFINIÇÃO DE DIREITO

O Direito e a Ciência do Direito

1. Definição de Direito
2. Ciência do Direito
3. Ciência do Direito: Ciência Social Normativa
4. Ciência Jurídica, Teoria Geral do Direito e Dogmática Jurídica
5. Escolas e teorias científicas do pensamento jurídico

II. DIREITO E HISTÓRIA – DIREITO E VALOR – DIREITO E MORAL

1. Direito e História
2. Direito e valor
 - 2.1 Justiça e Direito
3. Direito e moral

III. NOÇÕES ESSENCIAIS NO DIREITO

Relação jurídica; Direito Subjetivo; Direito Objetivo; Sujeito de Direito; Personalidade Jurídica; Pessoa Física; Pessoa Jurídica

1. Direito objetivo e direito subjetivo
2. Relação jurídica e sujeito de direito
3. Personalidade jurídica
4. Pessoa física e pessoa jurídica
 - 4.1 Classificação das pessoas jurídicas

IV. FONTES DO DIREITO

1. Fontes do Direito
2. Lei
3. Costumes
4. Jurisprudência
5. Negócio jurídico
6. Princípios gerais de Direito
 - 6.1 Brocardos jurídicos, cláusulas gerais, conceitos indeterminados
7. Equidade
8. Doutrina

V. DIREITO E NORMA JURÍDICA

1. Norma jurídica: conceito
2. Funções
3. Estrutura

VI. DIREITO E SISTEMA

1. Sistema e Direito: sistema jurídico e ordenamento jurídico
2. Teoria dos sistemas e sistema jurídico
3. Antinomia jurídica

VII. LACUNAS DA LEI E INTEGRAÇÃO DO DIREITO

1. Lacunas da lei
2. Integração do Direito

VIII. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO

1. Interpretação do Direito

2. Aplicação do Direito

2.1 Validade e eficácia da norma jurídica

IX. DIREITO PRIVADO

Direito Civil, Direito Comercial, Direito do Trabalho

1. Direito Público e Direito Privado
2. Direito Civil
3. Direito Comercial
4. Direito do Trabalho

X. DIREITO PÚBLICO

Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Econômico, Direito Financeiro, Direito Tributário, Direito Processual, Direito Penal, Direito da Seguridade Social

1. Direito Constitucional
2. Direito Administrativo
3. Direito Econômico
4. Direito Financeiro
5. Direito Tributário
6. Direito Processual
7. Direito Penal
8. Direito da Seguridade Social

XI. DIREITO AMBIENTAL – DIREITO DO CONSUMIDOR

1. Direito Ambiental
2. Direito do Consumidor

XII. DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO – DIREITO COMUNITÁRIO – DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

1. Direito Internacional Público
2. Direito Comunitário
3. Direito Internacional Privado
4. Fontes do Direito Internacional Público
 - 4.1 Tratados
 - 4.2 Costume internacional
 - 4.3 Princípios gerais de direito
 - 4.4 Decisões judiciais (jurisprudência) e doutrina
 - 4.5 Atos unilaterais
 - 4.6 Decisões das organizações internacionais

BIBLIOGRAFIA

DEFINIÇÃO DE DIREITO:

O Direito e a Ciência do Direito

Sumário: 1. Definição de Direito – 2. Ciência do Direito – 3. Ciência do Direito: Ciência Social Normativa – 4. Ciência Jurídica, Teoria Geral do Direito e Dogmática Jurídica – 5. Escolas e teorias científicas do pensamento jurídico.

1. DEFINIÇÃO DE DIREITO

Definir um objeto significa indicar o seu verdadeiro sentido, ou seja, a sua significação precisa¹.

Ao se procurar apresentar uma definição do Direito, primeiramente, deve-se ter em mente que o vocábulo “direito” compreende enfoques e significados diversos. Exemplificando, o termo em questão pode ser utilizado para significar o justo, ou o conjunto de normas jurídicas, ou a prerrogativa que tem a pessoa de fazer valer determinada posição jurídica etc.

O Direito, assim, pode ser visto sob diversas perspectivas, como as que seguem: Direito como justiça, Direito como ordenamento jurídico, Direito como direito subjetivo.

Há os mais diversos conceitos de Direito, variando conforme as diferentes Escolas e Teorias seguidas pelos autores.

Apresentamos, aqui, o conceito de Direito em seu aspecto objetivo, entendido como a realidade, presente na vida social, que regula as relações entre as pessoas.

Nesse enfoque, o Direito pode ser definido como *o conjunto de normas imperativas que regulam a vida em sociedade, dotadas de coercibilidade quanto à sua observância*.

Os seres humanos, por viverem em sociedade, necessitam de regras e princípios que possibilitem o convívio entre as pessoas, permitindo a evolução, a harmonia e a paz nas relações sociais². O Direito é justamente esse conjunto de normas, estabelecidas com essa finalidade³.

Os preceitos jurídicos são normas *imperativas* de comportamento, no sentido de que a sua observância é obrigatória.

Para se alcançar essa imperatividade, as normas jurídicas são dotadas de *coercibilidade*⁴, que é a possibilidade de se ter a *coação*⁵, como forma de constranger (obrigar) a pessoa ao cumprimento da norma jurídica. Isso ocorre mediante a previsão e a imposição de *sanção*⁶, aplicada de forma organizada, pela autoridade constituída, ou seja, pelo órgão para isso instituído⁷, de modo a garantir o respeito à ordem jurídica.

A *sanção*, assim, é a consequência jurídica prevista pela norma de Direito, no caso do seu descumprimento. A *coação*, por sua vez, é a aplicação efetiva da sanção⁸. O Direito é dotado de *coercibilidade*, ou seja, possibilidade de haver a coação, significando a coação potencial⁹.

IMPERATIVIDADE: obrigatoriedade.

COERCIBILIDADE: possibilidade de aplicar COAÇÃO (ação de constranger, ou seja, compelir, mediante força organizada, o cumprimento obrigatório da norma jurídica).

SANÇÃO: consequência pelo descumprimento da norma, aplicada de forma organizada e predeterminada com o objetivo de garantir o respeito à ordem jurídica.

Deve-se registrar ainda que, na atualidade, além das tradicionais sanções de natureza punitiva, as quais apresentam “intimidação” para que não sejam desrespeitadas as normas jurídicas, observam-se as chamadas “sanções premiaias”, as quais oferecem incentivos e vantagens aos obrigados que cumpram certos preceitos jurídico-normativos (por exemplo, estabelecendo desconto ao contribuinte que paga o tributo antes do vencimento)¹⁰.

Parte da doutrina destaca, ainda, o caráter heterônomo do Direito, no sentido de que as normas jurídicas são postas pelo centro de poder, valendo objetivamente, ou seja, “independentemente, e a despeito da opinião e do querer dos obrigados”. Por isso, aponta-se que o Direito é *heterônomo* (dotado de “validade objetiva e transpessoal”), uma vez que “posto por terceiros aquilo que juridicamente somos obrigados a cumprir”¹¹.

Apesar disso, deve-se reconhecer a existência de normas jurídicas autônomas, ou seja, firmadas pelos próprios interessados, como, por exemplo, as convenções coletivas de trabalho, decorrentes de negociação coletiva mantida pelos grupos sociais, normalmente representados por entes sindicais, as quais têm como objetivo estabelecer condições de labor, regular as relações jurídicas envolvidas e pacificar o conflito coletivo de trabalho¹².

Aponta-se, ainda, que o elemento essencial do Direito é a chamada *bilateralidade atributiva*, ou seja, “uma proporção intersubjetiva, em função da qual os sujeitos de uma relação ficam autorizados a pretender, exigir, ou a fazer, garantidamente, algo”¹³.

Desse modo, o Direito sempre envolve uma relação entre duas ou mais pessoas, significando a *bilateralidade*. Além disso, para que se trate de Direito, é essencial que se tenha a atribuição garantida de uma pretensão ou ação (atributividade)¹⁴.

A *atributividade*, assim, significa a “qualidade inerente à norma jurídica de atribuir, a quem seria lesado por sua eventual violação, a faculdade de exigir do violador, por meio do poder competente, o cumprimento dela ou a reparação do mal sofrido”¹⁵.

Acrescente-se, ainda, que, apesar da definição acima apresentada, não se adota a posição restritiva de que o Direito se limita às normas positivadas pelo Estado.

Efetivamente, o Direito, como realidade e experiência social, leva em conta os *fatos* sociais, procurando garantir que *valores* reconhecidos como necessários sejam preservados. Observa-se, portanto, uma unidade envolvendo fato – valor – norma¹⁶.

O Direito, assim, é a ordenação das relações sociais baseada na “integração normativa

de fatos e valores”¹⁷.

Além disso, mesmo sob o ângulo do Direito como conjunto de normas jurídicas, estas não são postas exclusivamente pelo Estado, uma vez que a ordem jurídica reconhece poder normativo a certos grupos sociais e mesmo às pessoas em suas relações em sociedade¹⁸.

Nesse sentido, temos, por exemplo, as normas coletivas produzidas pelos atores sociais, como os entes sindicais, ao firmarem convenções e acordos coletivos de trabalho, regendo as relações de trabalho. Os próprios particulares também possuem o poder negocial, decorrente da autonomia privada, permitindo firmarem negócios jurídicos, com o fim de reger relações individuais, desde que dentro de limites permitidos pelo sistema jurídico.

Assim sendo, uma outra forma de definir o Direito pode ser assim enunciada: *ordenação imperativa, atributiva e coercível da conduta humana, como forma de assegurar valores necessários à regulação da vida em sociedade.*

2. CIÊNCIA DO DIREITO

Não se deve confundir o Direito, o qual é uma realidade presente e necessária para a vida em sociedade, com a Ciência do Direito.

A Ciência do Direito tem como seu objeto de estudo o Direito, mas com este não se confunde. Efetivamente, a Ciência do Direito se consubstancia em estudos e pesquisas, elaboradas pelos juristas, sobre a realidade jurídica em si, descrevendo e interpretando a ordem jurídica e suas normas, bem como conferindo unidade sistemática.

Desse modo, enquanto o Direito prescreve condutas imperativas e prevê sanções objetivando o seu cumprimento, a Ciência do Direito estuda, interpreta, conceitua e sistematiza o Direito e as suas previsões. A ordenação das condutas é papel exercido pelo Direito em si. A Ciência do Direito estuda e descreve, de forma sistemática e metódica, essa ordem de condutas que regem a vida em sociedade.

Aliás, cabe destacar que o Direito, em si, é objeto de diversas ciências, como a Sociologia Jurídica, a Filosofia do Direito, a História do Direito e a própria Ciência do Direito¹⁹ (também chamada de *Jurisprudência*, conforme designação que era dada pelos jurisconsultos romanos, termo este aqui empregado em sentido diverso daquele utilizado na atualidade, como conjunto de decisões proferidas por juízes e tribunais)²⁰.

Pode-se entender ciência como o *conjunto de enunciados apresentados de forma metódica, demonstrada e sistematizada, sobre determinado objeto*²¹.

O conhecimento científico é elaborado com o fim de expor enunciados verdadeiros, apresentando-se, assim, de forma *fundamentada*, ou seja, mediante a devida *demonstração*²².

O *método* é necessário para a atividade científica, pois esta exige que o conhecimento seja devidamente *ordenado* conforme princípios e regras próprias, apresentando uma *ordem* de constatações relacionadas entre si de forma *coerente e lógica*²³.

Cada ciência possui, ainda, o seu *objeto*, devidamente determinado, ou seja, a matéria objeto do exame e da investigação científica²⁴.

O *caráter sistemático* refere-se ao modo como a ciência ordena, de forma lógica e coerente, a realidade que tem como objeto de estudo.

O sistema é uma reunião de elementos (“repertório”), relacionados entre si conforme certas regras (“estrutura”). O sistema, assim, pode ser visto como o “aparelho teórico” mediante o qual se pode estudar a realidade²⁵.

O Direito, nesse enfoque, é uma realidade que pode ser estudada, de forma sistemática (ordenada e coerente), pela Ciência do Direito²⁶.

Entende-se, assim, que a chamada Ciência do Direito apresenta as notas peculiares do conhecimento científico, “por se tratar de conhecimento sistemático, metodicamente obtido e demonstrado, dirigido a um determinado objeto, que é separado por abstração dos demais fenômenos”²⁷.

Alguns dos métodos utilizados pela Ciência do Direito são, por exemplo, os seguintes:

- ***método indutivo***: raciocinando a partir de fatos particulares, para se alcançar conclusões gerais²⁸;
- ***método dedutivo***: partindo de regras gerais conhecidas para se alcançar outras conclusões diversas ou particulares;
- ***analogia***: raciocínio que leva em conta razões de similitude (por exemplo: havendo conduta a respeito da qual não se verifica previsão de norma específica, pode-se aplicar a norma prevista para situação semelhante)²⁹.

O jurista, ainda, “correlaciona valores a fatos segundo normas, o que significa que não pode dispensar o prisma do valor, na apreciação dos fatos sociais abrangidos por normas jurídicas”³⁰.

3. CIÊNCIA DO DIREITO: CIÊNCIA SOCIAL NORMATIVA

Frise-se que a Ciência Jurídica é classificada entre as *ciências culturais, humanas ou sociais*, as quais têm como objeto o comportamento humano, opondo-se às ciências naturais, as quais estudam os fenômenos físicos ou naturais³¹.

A Ciência do Direito é, ainda, uma *ciência social normativa*, ao estudar como a conduta dos homens deve se realizar, conforme determinação nas normas jurídicas³².

As ciências sociais causais, entre elas a História do Direito e a Sociologia Jurídica, por sua vez, explicam os comportamentos humanos tal como eles o são de fato³³.

4. CIÊNCIA JURÍDICA, TEORIA GERAL DO DIREITO E DOGMÁTICA JURÍDICA

A *Teoria Geral do Direito* pode ser entendida como a ciência da realidade jurídica, apresentando *noções comuns a todas as ordens jurídico-positivas*, como as de fonte do Direito, relação jurídica, fato jurídico, sujeito de direito, norma jurídica etc.³⁴ Essas noções jurídicas mais gerais são, assim, utilizadas pela Ciência do Direito³⁵, mas as suas conclusões também são aplicáveis à Sociologia Jurídica, à História do Direito etc.

A Teoria Geral do Direito, desenvolvendo-se no plano do conhecimento positivo do Direito, procura determinar as “estruturas lógicas da experiência jurídica em geral”, elaborando princípios e generalizações conceituais, determinando os seus conceitos básicos³⁶.

Cabe à Teoria Geral do Direito, assim, “formular *os conceitos jurídicos fundamentais, indispensáveis ao raciocínio jurídico*”³⁷.

A *Dogmática Jurídica*, por sua vez, é o estudo do Direito tal como se apresenta positivado, sendo a “especificação da Teoria Geral do Direito no âmbito e em função do ordenamento jurídico e de sua aplicação”³⁸.

Esclareça-se que as disciplinas “dogmáticas”, integrantes da Ciência, partem de premissas definidas, ou seja, pontos de partida já fixados e não discutidos. São ciências dogmáticas, por exemplo, a Ciência do Direito Civil e a Ciência do Direito Penal (assim como as Ciências de outros ramos do Direito)³⁹, as quais realizam seus estudos e análises a partir das normas vigentes. Diferentemente, o campo das investigações “zetéticas” abrange, por exemplo, a Sociologia Jurídica, a Filosofia do Direito, a História do Direito, tendo como característica a “abertura constante para o questionamento dos objetos em todas as direções”⁴⁰.

Em síntese:

TEORIA GERAL DO DIREITO: apresenta noções e conceitos jurídico-positivos utilizados pelas Ciências que têm como objeto o Direito (CIÊNCIA DO DIREITO, História do Direito, Sociologia Jurídica).

TEORIA GERAL DO DIREITO aplicada à CIÊNCIA DO DIREITO: DOGMÁTICA JURÍDICA.

5. ESCOLAS E TEORIAS CIENTÍFICAS DO PENSAMENTO JURÍDICO

Observam-se diversas Escolas, com concepções diversas, as quais se consubstanciam em diferentes formas de investigação e estudo científico do Direito. Vejamos algumas delas, destacando seus traços principais.

O *Jusnaturalismo* (ou *Escola do Direito Natural*) abrange diversas vertentes que, embora apresentem certas peculiaridades próprias, envolvem aspectos essenciais em comum, defendendo a existência de leis naturais, imutáveis e universais quanto aos seus primeiros princípios (como “o bem deve ser feito”), asseverando que o Direito Natural antecede ao Direito positivo, sendo inerente à natureza humana. Na Idade Média, o jusnaturalismo apresenta conteúdo teológico, indicando como fundamento do Direito Natural a vontade divina⁴¹.

A concepção do Direito Natural, com fundamento teológico, tem como um de seus representantes *S. Tomás de Aquino*⁴², no século XIII, o qual destaca na *Suma teológica* a seguinte hierarquia entre as leis: a lei eterna, que é suprema (só o próprio Deus conhece em sua plenitude), abaixo da qual estão a lei divina (parte da lei eterna revelada por Deus) e a lei natural (decorrente da natureza humana); e, mais abaixo, a lei humana (lei positiva produzida pelo legislador)⁴³.

No século XVII, tem início o jusnaturalismo não teológico, fundado na razão humana. Nessa concepção, ainda que apresentem diferenças entre eles, destacam-se *Grotius*, *Pufendorf*, *Locke* (fazendo alusão ao “pacto social” para sanar as deficiências do “estado de natureza”, instaurando o “governo do estado civil”), *Spinoza*, *Hobbes* (apontando o “estado natural” gerando um “estado de guerra”, celebrando-se o “contrato social” para se estabelecer a ordem jurídica) e *Rousseau* (destacando que no “estado natural” o homem é bom, mas a sociedade o corrompe, tornando necessário o “pacto social”)⁴⁴.

Vejamos, assim, outros aspectos relativos aos mencionados filósofos do jusnaturalismo racional.

Hugo Grócio (*Grotius*), nascido em 1583, defende o Direito Natural fundado na “reta razão”, permitindo alcançar regras invariáveis da natureza humana. Esse autor também contribuiu para a formação do Direito Internacional, destacando ser o “Direito das Gentes” a lei natural que disciplina a convivência entre as nações⁴⁵.

Samuel Pufendorf (1632 a 1694), por sua vez, apresenta certo sincretismo, ao conciliar aspectos da “reta razão” com Deus. Nesse enfoque, o Direito Natural é reconhecido pela razão natural, por ser ínsito à natureza humana, além de essencial à paz na humanidade. Mesmo assim, Pufendorf defende ser o Direito Natural criado por Deus, caracterizando-se pela sua imutabilidade⁴⁶.

John Locke (1632 a 1704) entende que as leis naturais não são inatas, mas estão inseridas na mente humana; ou seja, estão na natureza e podem ser conhecidas por meio da razão. Ainda de acordo com Locke, o “estado de natureza” é um estado de paz. Essa paz, no entanto, cessa em razão da ausência de um “terceiro” apto a julgar os conflitos que surgem entre os indivíduos. O “estado civil”, assim, originado do contrato, é estabelecido para garantir a própria proteção dos direitos naturais. Nessa linha, o direito de propriedade existe desde o estado de natureza, devendo ser preservado pelo Estado. Logo, os direitos naturais não podem ser desrespeitados pelo estado civil, o qual é estabelecido justamente para a sua proteção⁴⁷.

Thomas Hobbes (1588 a 1679), que escreveu a obra *Leviatã*, destaca-se como autor ligado ao jusnaturalismo racional e teórico do poder soberano. Para Hobbes, o “estado de natureza” humano acaba permitindo a utilização da liberdade de forma ampla, sem limites, fazendo com que alguns lesem e prejudiquem outras pessoas. Desse modo, no estado de natureza observa-se um verdadeiro estado de guerra de uns contra os outros, podendo acarretar até mesmo a autodestruição (“o homem é o lobo do próprio homem”). A própria preservação da espécie é condicionada, assim, pela criação do “pacto social”, sob a autoridade do soberano, ou seja, daquele que se encontra em posição superior aos demais. Nesse sentido, a “convenção” (entendida como pacto ou acordo de vontades) cria o Estado, como forma de impedir a guerra e a impunidade contra a violência, devendo-se obedecer às leis civis emanadas do soberano⁴⁸.

Jean-Jacques Rousseau (1712 a 1778), filósofo que também segue a linha do racionalismo, destaca que o ser humano é bom por natureza, mas a sociedade o corrompe. Os seres humanos, assim, abdicam de suas liberdades individuais para adotarem o “contrato social”, estabelecido pela vontade geral e visando à realização do interesse comum. Os direitos civis surgem após o contrato social, enquanto os direitos naturais são anteriores a este. Nesse sentido, os direitos civis, para representarem uma ordem justa, legítima e fundada na igualdade, devem ser uma manifestação dos direitos naturais⁴⁹.

A teoria de *Kant*, por sua vez, separa o Direito da Moral, apresentando o jusnaturalismo conforme o Direito racional, e destaca serem as leis naturais anteriores ao Direito positivo. *Stammler* apresenta uma teoria do Direito Natural de conteúdo variável, conforme cada povo, tempo e lugar⁵⁰.

Para Goffredo Telles Jr., o Direito natural é o Direito legítimo, não se tratando de princípios morais, mas do conjunto de normas jurídicas em conformidade com o sistema ético da coletividade⁵¹.

A *Escola da Exegese*, presente no século XIX, identifica o Direito positivo como a lei escrita, dando enfoque especial aos Códigos (naquela época, com destaque ao Código de Napoleão, de 1804), realizando a interpretação preponderantemente literal dos seus

dispositivos, embora também tenha admitido a interpretação histórica (investigando a vontade do legislador e as circunstâncias que antecederam a lei) e a interpretação lógico-sistemática (procurando o sentido da lei, levando em conta o lugar que ocupa na legislação). O Direito, assim, é reduzido à lei e a função judicial é concebida como um processo de dedução lógica, de subsumir fatos concretos à lei abstrata.

A Escola da Exegese, da França, de certa forma, correspondeu ao *Pandectismo*, da Alemanha, que realizava a exegese rigorosa dos textos de Direito Romano, presentes no *Corpus Juris Civilis*⁵². Como a Alemanha somente passou a ter um Código Civil a partir de 1900, os pandectistas realizavam minuciosa análise principalmente do chamado *Digesto* ou *Pandectas*, que é a coleção de textos do Direito Romano organizada pelo Imperador Justiniano⁵³, fazendo parte do *Corpus Juris Civilis*.

A *Escola do Direito Livre*, tendo como representante de relevo, na Alemanha, Kantorowicz, contesta o primado da lei e destaca, como principal, o Direito formado espontaneamente nos grupos sociais. Defende-se a possibilidade do juiz decidir de acordo com a justiça, atendendo aos anseios da sociedade, sem se prender aos limites estritos do Direito estatal ou legislado⁵⁴.

O *Realismo Jurídico* enfoca o Direito tal como efetivamente existente e real, afastando-se de qualquer investigação metafísica, relacionada à realidade sonhada ou ideal. Desse modo, considera apenas a realidade jurídica, ou seja, o Direito efetivamente existente e os fatos sociais e históricos que o originaram. Nesse enfoque, o Direito real e efetivo é aquele que os juízes e tribunais declaram ao decidir o caso em concreto⁵⁵.

A *Escola Histórica do Direito*, tendo como principal representante Savigny, destaca ser o Direito a manifestação da livre consciência do povo ou do espírito popular, sob a forma do costume. O Direito, assim, não é um produto racional do legislador, o resultado da “consciência popular” (*Volksgeist*), decorrente da evolução histórica da “consciência coletiva”, em determinadas condições de tempo e lugar⁵⁶.

O *Positivismo Jurídico* (ou *Escola do Direito Positivo*) procura afastar a Ciência do Direito de valores morais, políticos, religiosos, filosóficos (como o relativo à justiça), bem como do Direito natural, defendendo a neutralidade do conteúdo do Direito, o qual passa a ser visto como o conjunto de normas (sistema normativo, ordenamento jurídico), cabendo à ciência do Direito o conhecimento e a descrição das normas jurídicas. Um de seus principais representantes é Kelsen⁵⁷.

O *Culturalismo Jurídico* destaca que a ciência do Direito é uma ciência cultural. Nesse enfoque, o Direito é criado pelo homem, sendo dotado de conteúdo valorativo, de modo que pertence ao âmbito da cultura, a qual abrange tudo o que é construído pelo ser humano, em

conformidade com certos valores⁵⁸.

Nesse contexto, destaca-se a “teoria tridimensional” (ou “tridimensionalismo jurídico”) de Miguel Reale, em que os elementos essenciais do Direito, integrados entre si, são: fato, valor e norma. O Direito, assim, é a integração normativa de fatos e valores. O elemento normativo disciplina os comportamentos individuais e coletivos, pressupondo situações de fato, conforme determinados valores⁵⁹.

-
- ¹ Cf. HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 926.
- ² Cf. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, p. 3: “não se pode conceber a vida social sem se pressupor a existência de um certo número de normas reguladoras das relações entre os homens, por estes mesmo julgadas obrigatórias”.
- ³ Cf. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 2: “o Direito corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção e solidariedade”.
- ⁴ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 69: “Pela palavra coercibilidade entendemos a possibilidade lógica da interferência da força no cumprimento de uma regra de direito”.
- ⁵ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 71: “O Direito [...] é de tal natureza que implica uma organização do poder, a fim de que sejam cumpridos os seus preceitos. Como as normas jurídicas visam a preservar o que há de essencial na convivência humana, elas não podem ficar à mercê da simples boa vontade, da adesão espontânea dos obrigados. É necessário prever-se a possibilidade do seu cumprimento obrigatório. Quando a força se organiza em defesa do cumprimento do Direito mesmo é que nós temos a segunda acepção da palavra coação”.
- ⁶ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 72-74: “As formas de garantia do cumprimento das regras denominam-se ‘sanções’. Sanção é, pois, todo e qualquer processo de garantia daquilo que se determina em uma regra. [...] O que caracteriza a sanção jurídica é a sua predeterminação e organização”.
- ⁷ Cf. RODRIGUES, Silvio. Op. cit., p. 4: “À medida que as sociedades evoluem e se organizam politicamente, a sanção, em vez de se manifestar pela própria reação do ofendido, parte da autoridade constituída. Esta atribui à norma força coercitiva, impondo, por conseguinte, sua observância”.
- ⁸ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 378: “Exemplificativamente: a multa contratual é sanção, e a cobrança judicial dessa multa é coação”.
- ⁹ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 48-49.
- ¹⁰ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 76-77.
- ¹¹ REALE, Miguel. Op. cit., p. 49.
- ¹² Cf. MARTINS, Sergio Pinto. *O pluralismo do direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 62: “Fontes heterônomas são as que vêm de fora da vontade das partes e são emanadas do Estado. Exemplos: as Constituições, as leis, os decretos, as sentenças normativas. Fontes autônomas são oriundas das próprias partes, como o contrato de trabalho, o regulamento de empresa, a convenção e o acordo coletivo”.

- ¹³ REALE, Miguel. Op. cit., p. 51.
- ¹⁴ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 51-52.
- ¹⁵ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 382.
- ¹⁶ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 65: “a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um *fato* subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um *valor*, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma *regra* ou *norma*, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor; b) tais elementos ou fatores (*fato*, *valor* e *norma*) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta; c) mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (... o Direito é uma realidade histórico-cultural), de tal modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a interagem”.
- ¹⁷ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 246.
- ¹⁸ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 77: “na realidade, existe Direito também em outros grupos, em outras instituições, que não o Estado. [...] Parece-nos, pois, procedente a teoria da *pluralidade das ordens jurídicas positivas*”.
- ¹⁹ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 63: “História do Direito, Sociologia Jurídica e Ciência do Direito são três campos de conhecimento distintos, que se constituem sobre a base de uma única experiência humana, que é o Direito como *fato* de convivência ordenada” (destaque do original).
- ²⁰ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 62.
- ²¹ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 21: “Sinteticamente podemos dizer que a ciência é um complexo de enunciados verdadeiros, rigorosamente fundados e demonstrados, com um sentido limitado, dirigido a um determinado objeto. Para que haja ciência, deve haver as seguintes notas: caráter metódico, sistemático, certo, fundamentado ou demonstrado, limitado ou condicionado a um certo setor do objeto”.
- ²² Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 18.
- ²³ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 18: “O método é a garantia de veracidade de um conhecimento. Método é a direção ordenada do pensamento na elaboração da ciência. Logo, a ciência requer uma atividade ordenada segundo princípios próprios e regras peculiares. É ele que guia a investigação científica, provando que o resultado de suas pesquisas é verdadeiro”.
- ²⁴ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 20.
- ²⁵ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 202: “Percebe-se que ‘sistema’ significa *nexo*, uma reunião de coisas ou conjunto de elementos, e *método*, um instrumento de análise. De forma que o sistema não é uma realidade, é o aparelho teórico mediante o qual se pode estudá-la. É, por outras palavras, o modo de ver, de ordenar, logicamente, a realidade, que, por sua

vez, não é sistemática. Todo o sistema é uma reunião de objetos e seus atributos (repertório) relacionados entre si, conforme certas regras (estrutura) que variam de concepção para concepção. O que dá coesão ao sistema é sua estrutura”.

- ²⁶ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 203: “o direito não é um sistema jurídico, mas uma realidade que pode ser estudada de modo sistemático pela ciência do direito. É indubitável que a tarefa mais importante do jurista consiste em apresentar o direito sob uma forma ordenada ou ‘sistemática’, através da qual se tende a facilitar o seu conhecimento, bem como seu manejo por parte dos indivíduos que estão submetidos a ele, especialmente pelos que o aplicam”.
- ²⁷ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 33.
- ²⁸ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 83.
- ²⁹ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 85.
- ³⁰ REALE, Miguel. Op. cit., p. 85.
- ³¹ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 217.
- ³² Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 217.
- ³³ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 217.
- ³⁴ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 220.
- ³⁵ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 18: “É claro, portanto, que a Ciência Jurídica se eleve ao plano de uma Teoria Geral do Direito, que [...] representa a parte geral comum a todas as formas de conhecimento *positivo* do Direito, aquela na qual se fixam os princípios ou diretrizes capazes de elucidar-nos sobre a estrutura das regras jurídicas e sua concatenação lógica, bem como sobre os motivos que governam os distintos campos da experiência jurídica”.
- ³⁶ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 329.
- ³⁷ Cf. GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 17, destaques do original.
- ³⁸ REALE, Miguel. Op. cit., p. 329.
- ³⁹ Cf. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988. p. 48.
- ⁴⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Op. cit., p. 45.
- ⁴¹ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 36-37.
- ⁴² Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 308.
- ⁴³ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 10.
- ⁴⁴ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 38-41.
- ⁴⁵ Cf. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 258-259.

- ⁴⁶ Cf. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Op. cit., p. 260-263.
- ⁴⁷ Cf. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Op. cit., p. 264-266.
- ⁴⁸ Cf. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Op. cit., p. 266-268.
- ⁴⁹ Cf. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Op. cit., p. 269-276.
- ⁵⁰ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 42-44.
- ⁵¹ Cf. TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 220: “O *Direito Natural* se define nos seguintes termos: conjunto dos mandamentos autorizantes, emanados do Poder Constituinte e do Poder Legislativo, e harmonizados com a ordenação ética da coletividade”. Cf. ainda TELLES JUNIOR, Goffredo. *Filosofia do direito*. São Paulo: Max Limonad, [entre 1965 e 1967]. t. 2, p. 490; DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 50: “Goffredo Telles Jr. confere ao direito natural, ao direito legítimo, o nome de *direito quântico*, porque é o direito resultante do processo da organização do humano, atendendo às inclinações genéticas de um povo ou de um grupo social, exprimindo o seu sentimento ou estado de consciência, refletindo sua índole”.
- ⁵² Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 50-55.
- ⁵³ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 278.
- ⁵⁴ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 67-68.
- ⁵⁵ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 75.
- ⁵⁶ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 98-99.
- ⁵⁷ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1976; DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 116-131.
- ⁵⁸ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 131.
- ⁵⁹ Cf. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 2, p. 447-452, 476-482; DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 141.

II

DIREITO E HISTÓRIA DIREITO E VALOR DIREITO E MORAL

Sumário: 1. Direito e história – 2. Direito e valor: 2.1 Justiça e Direito – 3. Direito e moral.

1. DIREITO E HISTÓRIA

História é o conjunto de conhecimentos relativos ao *passado da humanidade*.

Sob o enfoque científico, História é a ciência que estuda eventos passados da humanidade¹.

Desse modo, a História trata da *evolução da humanidade ao longo do tempo*, apresentando os fatos e acontecimentos pretéritos, como forma de melhor compreender o presente. A História pode ser enfocada quanto a certo lugar, época, povo ou civilização, delimitando o seu objeto de estudo.

A História também pode ter como objeto de estudo e pesquisa o Direito, caso em que se está diante da chamada *História do Direito*, a qual narra e investiga, de forma cronológica, o Direito como fato social, resultante da experiência humana².

Nesse sentido, a História do Direito procura apresentar a evolução do Direito no tempo, revelando e indicando as principais causas das mudanças e transformações. A História do Direito pode ter como objeto específico de análise a evolução no tempo quanto a certo ramo do Direito, a determinado instituto jurídico, ou mesmo quanto a certos povos³ ou civilizações.

Por meio da História do Direito, procura-se reconstruir o fenômeno jurídico ao longo do tempo⁴, analisando a sua evolução desde épocas pretéritas, o que possibilita a compreensão de sua configuração no presente⁵.

Ademais, a compreensão mais precisa do Direito “exige, muitas vezes, o conhecimento das condições sociais existentes à época em que foi elaborado”⁶.

A História do Direito pode se desenvolver em diferentes planos, como:

- o plano dos *fatos sociais*, exercendo influência no surgimento e na formação das normas jurídicas, bem como nas suas alterações⁷;
- o plano da *evolução normativa* em si, observando as previsões normativas existentes nas diversas épocas;
- o plano das *ideias jurídicas* verificadas ao longo do tempo, as quais também exercem influência na evolução das normas jurídicas⁸.

O Direito, assim, apresenta-se como uma realidade histórico-cultural e dinâmica, ao passar por mudanças e evoluções ao longo dos tempos⁹, o que é estudado pela História do Direito.

2. DIREITO E VALOR

Para a devida compreensão do valor em sua relação com o Direito, deve-se primeiramente destacar a existência de duas ordens de realidade:

- a realidade *natural*: refere-se ao mundo físico e está presente na natureza, independentemente da participação da vontade humana;
- a realidade *humana ou cultural*: refere-se àquilo que o ser humano cria e constrói, incluindo coisas, obras, serviços, atitudes e formas de comportamento.

Nesse último aspecto, deve-se frisar que o ser humano vive de acordo com certos *objetivos* e *valores* que segue e entende como corretos ou adequados. A cultura, assim, “existe exatamente porque o homem, em busca da realização de fins que lhe são próprios, altera aquilo que lhe é ‘dado’, alterando-se a si próprio”¹⁰.

As *ciências naturais* (como a Ciência Física, a Ciência Química, a Ciência Matemática) descrevem a realidade natural acima indicada, retratando os fatos, tal como observados, por meio de leis físico-naturais.

Já as *ciências culturais* (como a Ciência do Direito, a Sociologia, a História, a Economia) abordam os fatos humanos e as relações entre as pessoas, referindo-se a *juízos de valor*, conforme determinados *fins*.

A *realidade humana ou cultural*, portanto, relaciona-se a certos *valores* e *fins* definidos pelo ser humano.

Nesse sentido, a *Axiologia* é entendida como a “teoria dos valores” e a *Teleologia* é a “teoria dos fins”¹¹.

Mesmo assim, as diferentes leis culturais, objeto das respectivas ciências culturais, possuem naturezas diversas entre si:

- as leis sociológicas, históricas e econômicas (objeto das respectivas ciências) enunciam juízos de valor conforme os fatos observados, mas não há o intuito de se disciplinar condutas por meio de normas ou regras;
- *as leis éticas*, que são objeto das ciências normativas, *procuram estabelecer normas referentes ao comportamento humano*.

A Ética abrange a Moral, a Política, a Religião e o Direito, prevendo normas, dotadas de obrigatoriedade, para o comportamento humano¹².

CIÊNCIAS NATURAIS: Ciência Física, Química, Matemática etc.

CIÊNCIAS CULTURAIS: Ciência do Direito, Sociologia, História, Economia.

LEIS NATURAIS: leis físicas, químicas, matemáticas etc.

LEIS CULTURAIS:

- 1) relativas à Sociologia, à História, à Economia;
- 2) leis éticas (Moral, Política, Religião, Direito).

As *normas éticas* envolvem um *juízo de valor* sobre os comportamentos humanos e a definição de uma *diretriz* considerada *obrigatória* em certa coletividade¹³. Observa-se, portanto, a existência de imperatividade a respeito da diretriz definida de acordo com certos valores levados em conta (opção axiológica)¹⁴.

Nos domínios da Ética, especialmente quanto à Moral e ao Direito, observa-se um caráter de obrigatoriedade conferido ao *valor* que se definiu como necessário preservar. Desse modo, a norma de Direito não se limita a descrever um fato, mas determina (prescreve), com imperatividade, aquilo que “deve ser”, prevendo consequências para o caso de descumprimento¹⁵.

Na realidade, toda norma ética “expressa um juízo de valor, ao qual se liga uma sanção, isto é, uma forma de garantir-se a conduta que, em função daquele juízo, é declarada permitida, determinada ou proibida”¹⁶.

Como se observa, a sanção é prevista como forma de assegurar o cumprimento da conduta estabelecida na norma, a qual enuncia algo que deve ser (e não algo que tenha de ser, uma vez que pode ocorrer de a norma ética ser violada pelo seu destinatário, hipótese em que, como visto, incide a sanção).

A norma ética, desse modo, estrutura-se como um “juízo de dever ser”, indicando a conduta a ser seguida, ou seja, como se deve e, por consequência, como não se deve agir¹⁷.

Como se pode observar, os valores integram a Ética, a qual estabelece normas determinando a obrigatoriedade de certas condutas, normas estas adotadas em razão de valores que se definiu como necessário respeitar.

O Direito, fazendo parte da Ética, pode ser visualizado como o conjunto de normas que estabelecem condutas imperativas (e dotadas de coercibilidade), em razão de *valores* considerados relevantes e, assim, entendidos como necessários para a vida em sociedade.

Nesse sentido, o *valor* integra o Direito, assim como os *fatos* e as *normas*. As normas jurídicas estabelecem condutas, levando em conta certos fatos, visando a assegurar

determinados valores¹⁸.

Em outras palavras, a norma jurídica é “um veículo de realização de determinado valor; deve ser uma tentativa no sentido de realizar a justiça, que é o valor que compendia, unitariamente, todos os valores jurídicos”¹⁹.

2.1 Justiça e Direito

O tema da justiça apresenta destaque em diversos setores da ciência, sendo de especial relevância no âmbito da Filosofia do Direito. Há diferentes concepções quanto à justiça, bem como a respeito de sua relação com o Direito.

Ilustrando essa diversidade, podem ser encontrados entendimentos no sentido de que: justiça e Direito são identificáveis; a justiça é mais ampla do que o Direito; o Direito é mais amplo do que a justiça²⁰.

Na Antiguidade grega, no período arcaico, predominou a explicação da justiça com fundamento na religião e nos mitos, o que pode ser verificado em obras clássicas como *Iliada* e *Odisseia*, de Homero, fazendo-se menção a *Zeus* e aos deuses guardiães da justiça. Destacam-se duas divindades gregas ligadas à justiça: *Thémis*, referindo-se à lei, e *Diké*, representando a satisfação da justiça²¹. Nessa tradição mítica, como se observa na obra de Hesíodo, *Diké* é filha da união de *Thémis* com *Zeus*²².

Após essa concepção religiosa e mítica da justiça, tem início uma concepção racional e filosófica, destacando-se Platão (427 a 347 a.C.), discípulo de Sócrates, ao desenvolver a *teoria das ideias*, de acordo com a qual “as coisas materiais são cópias imperfeitas e transitórias de ideias perfeitas e imutáveis”. Desse modo, a justiça, para Platão, é uma ideia universal e uma “virtude humana”, mas esta é um reflexo da primeira, situada no plano das ideias. A justiça, assim, é entendida como virtude que reúne em si as outras, estabelecendo-se a vinculação do indivíduo com o Estado, por ser em sociedade que o ser humano alcança a plenitude²³.

Em Aristóteles (384 a 322 a.C.), que foi discípulo de Platão, a justiça também é concebida como virtude completa, mas nela é destacada a característica da *alteridade*, no sentido de que a justiça existe nas relações intersubjetivas (a pessoa é justa ou injusta para com outrem). A noção de *proporcionalidade* também é introduzida, relacionando a justiça com a igualdade, ressaltando ser injusto dar desigualmente a iguais ou dar igualmente a desiguais²⁴.

De acordo com Aristóteles, a justiça pode ser classificada em: justiça como virtude total e justiça particular, referente aos casos concretos, no relacionamento entre as partes. A justiça total é entendida como virtude de obediência da lei, respeitando-se o que é legítimo e que “vige para o bem da comunidade”, ou seja, ao bem de todos, ao bem comum²⁵.

A justiça particular pode ser das seguintes espécies: *justiça distributiva*, a qual busca assegurar o princípio da igualdade, levando em conta o mérito de cada um, conforme uma relação proporcional, ou seja, admitindo a existência de desigualdade entre as partes; *justiça corretiva*, aplicada às transações entre os indivíduos, na qual também está presente o princípio da igualdade, mas sem considerar o mérito de cada um, e sim como forma de estimar o ganho e a perda, considerando as pessoas iguais entre si. A justiça corretiva, por sua vez, é subdividida em voluntárias e involuntárias. As transações voluntárias (como a compra e venda) dão origem a relações de reciprocidade, revelando-se como *justiça comutativa*. As transações involuntárias, por sua vez, decorrem de delitos, tendo como objetivo reparar o dano por intermédio do juiz, o que faz surgir a *justiça judiciária*²⁶, também denominada “justiça reparativa”²⁷.

Além da justiça distributiva e da justiça corretiva (a qual inclui a justiça comutativa e a justiça judiciária), cabe fazer menção à *justiça legal*, também presente na obra de Aristóteles, referindo-se ao justo legal, entendido como o conjunto de disposições vigentes, definidas pelo legislador, e que se deve obedecer, variável conforme os lugares, o tempo e a cultura de cada povo²⁸. Destaca, ainda, a equidade, no sentido da correção da lei quando esta, por ser genérica, revela-se deficiente. Disso decorre a distinção entre o equitativamente justo, ou seja, a solução justa no caso concreto e particular, e o legalmente justo, entendido como a solução justa universal presente na generalidade da norma²⁹.

Em Santo Agostinho (354 a 430 d.C), observa-se a “fusão do platonismo com o cristianismo”. A sua preocupação com o transcendente decorre de sua formação na cultura helênica, com destaque aos ensinamentos de Platão, bem como da sua conversão ao cristianismo. Nesse sentido, ao tratar do tema da justiça, destaca a relação existente entre *lei humana* e *lei divina* (eterna). O dualismo platônico, assim, reflete-se na concepção de *justiça humana* e *justiça divina*³⁰.

A justiça divina, que a tudo governa e preside, baseia-se na lei divina, que é absoluta, imutável e perfeita. A justiça humana, por sua vez, é fundada na lei humana, a qual cabe regular o comportamento humano. Apesar disso, a lei eterna inspira a lei humana, tal como a natureza divina inspira a natureza humana. No entanto, as determinações da lei divina e da lei humana são diversas. A lei eterna comanda que a alma se aproxime de Deus, ordenando, por exemplo, afastar-se do amor pelas coisas materiais. A lei humana, por sua vez, exemplificando, pune o roubo injusto dos bens materiais, mas é indiferente à paixão por estes. As leis humanas, embora não sejam perfeitas, garantem a ordem social, mas para poderem ser chamadas e consideradas “Direito”, devem estar próximas da justiça, entendida como a virtude de dar a cada um o que é seu³¹.

Santo Agostinho, assim, desenvolve o conceito de *justiça como amor*, destacando que o

fim último da lei natural é o amor de Deus como criador de todas as coisas e seres, de modo que a virtude (justiça) é a ordem do amor, ou seja, “se a justiça consiste em dar a cada um o que é seu, no homem há uma ordem justa e procedente da natureza, segundo a qual a alma está submetida a Deus, a carne à alma e a alma e a carne a Deus”³².

Ainda na Idade Média, São Tomás de Aquino (1225 a 1274 d.C.) também desenvolve uma teoria da justiça com fundamentos teológicos. Destaca ser a lei a regra e a medida dos atos humanos. O fim último da vida humana é a felicidade, de modo que a lei deve visar à felicidade comum. A *justiça legal*, assim, é aquela que faz e conserva a felicidade. A lei humana, estabelecida pelo governante, deve ter como objetivo o bem comum. Para isso, deve estar de acordo e nos limites da lei natural, conhecida por meio da razão humana e vinculada à lei eterna e à lei divina³³.

Na realidade, Santo Tomás de Aquino tem seus ensinamentos fundados no pensamento aristotélico e no cristianismo. Em sua concepção de justiça, a *lei eterna* é aquela estabelecida por Deus, que tudo ordena e em tudo se encontra. A *lei divina* é a parte da lei eterna revelada por Deus aos seres humanos, ou seja, conhecida pelo homem. A *lei natural*, por sua vez, é aquela existente na natureza e conhecida pelo ser humano por meio da razão. A lei natural representa uma “participação racional na lei eterna”, pois na natureza há a presença do que é divino. Como a natureza humana é mutável, entende-se que a lei natural é uma justiça “variável e contingente como a razão humana”. A *lei humana* (positiva), por fim, é criada pelo ser humano, devendo estar em consonância com a lei divina e com a lei natural. Nesse enfoque, a desobediência à lei humana só se justificaria se esta afrontasse a lei divina (parte da lei eterna conhecida pelo ser humano). Além disso, o justo natural torna-se o parâmetro para o Direito positivo. Se este estiver de acordo com o Direito natural, será um bem para toda a comunidade³⁴.

Observados os aspectos acima, cabe destacar que o ideal de *justiça* pode ser visto como o *valor* supremo a ser seguido pelo Direito³⁵. Na realidade, o Direito se funda nesse valor que é a justiça.

Como observa Miguel Reale:

“Partindo-se da observação básica de que toda regra de Direito visa a um *valor*, reconhece-se que a *pluralidade dos valores* é consubstancial à experiência jurídica. Utilidade, tranquilidade, saúde, conforto, intimidade e infinitos outros valores fundam as normas jurídicas. Estas normas, por sua vez, pressupõem outros valores como o da *liberdade* (sem o qual não haveria possibilidade de se escolher entre valores, nem a de se atualizar uma valoração *in concreto*) ou os da *igualdade*, da *ordem* e da *segurança*, sem os quais a liberdade redundaria em arbítrio.

A nosso ver, a Justiça não se identifica com qualquer desses valores, nem mesmo com aqueles que mais dignificam o homem. Ela é antes a *condição primeira de todos eles*, a *condição transcendental de sua possibilidade como atualização histórica*. Ela vale para que todos os valores valham. [...] Ela é, pois, tentativa renovada e incessante de harmonia entre as experiências axiológicas necessariamente plurais, distintas e complementares, *sendo, ao mesmo tempo, a harmonia assim atingida*.

A dialética da justiça é marcada por essa intencionalidade constante no sentido de composição harmônica dos valores, sendo esta concebida sempre como momento de um processo cujas diretrizes assinalam os distintos ciclos históricos.

Cada época histórica tem a sua imagem ou a sua ideia de justiça, dependente da escala de valores dominantes nas respectivas sociedades, mas nenhuma delas é toda a justiça, assim como a mais justa das sentenças não exaure as virtualidades todas do justo”³⁶.

A justiça, assim, pode ser compreendida como o “valor fundante do Direito” ao longo da experiência histórica³⁷.

A justiça também pode ser vista como uma expressão ética do princípio da igualdade. Há, no entanto, diversas modalidades de justiça, correspondendo a diferentes tipos de igualdade, sendo os principais a seguir destacados³⁸.

A *justiça comutativa* obedece à igualdade simples e absoluta, consistindo na equivalência entre dois objetos, sem levar em conta a condição das pessoas. Por exemplo, no contrato de compra e venda, no qual o comprador deve pagar ao vendedor o preço do bem adquirido.

A *justiça distributiva* é aquela em que a sociedade confere a cada um o bem que é devido segundo uma igualdade proporcional ou relativa. Desse modo, o Estado ou o grupo social reparte entre os seus membros aquilo que pertence a todos, de modo a assegurar uma equitativa participação no bem comum, conforme o mérito, a importância, a condição e a necessidade de cada indivíduo. Por exemplo, a fixação de percentuais diferenciados de imposto devido, levando em conta o valor da renda a ser tributada.

A *justiça social* é aquela em que os membros da sociedade devem dar a esta a sua contribuição para o bem comum, observada principalmente uma igualdade proporcional³⁹, de modo que se alcance a prosperidade na sociedade como um todo. Objetiva-se, assim, o bem comum da sociedade⁴⁰, sendo a essência do bem comum a “vida dignamente humana da população”⁴¹.

A *justiça social* é entendida, ainda, como um novo tipo de justiça, decorrente do

princípio da solidariedade, a qual se concretiza em *relações de integração* e se fundamenta na *participação* das pessoas em todas as esferas da vida em sociedade, o que corresponde à própria essência do *Estado Democrático de Direito*⁴².

A Moral e o Direito fazem parte da Ética (a qual, por sua vez, pertence à realidade cultural), mas apresentam importantes diferenças entre si. No item seguinte, será analisada a diferença entre a Moral e o Direito, ou seja, entre a norma moral e a norma jurídica⁴³.

3. DIREITO E MORAL

A vida em sociedade exige a presença de normas regulando as relações entre as pessoas, como forma de assegurar o convívio em harmonia. Essas normas podem ser de natureza jurídica e moral, o que revela a distinção entre o Direito e a Moral.

Mesmo assim, há pontos comuns entre o Direito e a Moral, pois ambos apresentam normas de comportamento, estão fundados em comum base ética, e regulam as condutas das pessoas, vivendo em sociedade⁴⁴.

Apesar disso, o campo da Moral é mais amplo, ao abranger deveres da pessoa não apenas com outros membros da coletividade, mas também consigo mesmo e para com Deus. O Direito, por sua vez, rege as relações da pessoa com seus semelhantes⁴⁵.

Há autores que destacam apresentar o Direito a possibilidade de incidir a coação, sendo dotado de coercibilidade, podendo ocorrer a aplicação da sanção pelo órgão instituído e organizado, como forma de garantir a observância das normas jurídicas, enquanto a Moral só comporta “sanções internas” (como remorso, arrependimento, desgosto íntimo, sentimento de reprovação geral), o que não seria socialmente eficaz, pois a elas podem não se submeter indivíduos sem consciência. No Direito, tendo em vista a presença da coercibilidade, tem-se a “possibilidade de constranger o indivíduo à observância da norma”⁴⁶.

Na Moral “autêntica”, o que se tem é a adesão espontânea da pessoa à respectiva norma, em razão da convicção e da consciência quanto à sua importância⁴⁷.

Na realidade, como destaca Maria Helena Diniz, todas as normas são imperativas, pois “fixam as diretrizes da conduta humana”. A diferença está em que a norma de Direito é “autorizante”, no sentido de que “só ela dá ao lesado pela sua violação o poder de exigir seu cumprimento ou a reparação do mal sofrido”⁴⁸.

Nesse enfoque, a norma jurídica é bilateral: como imperativo, impõe dever a certa pessoa, estabelecendo uma regra de conduta a ser seguida; entretanto, também autoriza àquele que foi lesado pela violação da norma jurídica o poder de exigir o cumprimento do dever ali previsto⁴⁹. A norma moral, por sua vez, é unilateral, apenas estabelecendo o dever, ao

prescrever o comportamento, porém não autoriza a utilização da coação para obter o seu cumprimento⁵⁰.

Assevera-se, ainda, que a Moral visa à “abstenção do mal e à prática do bem, enquanto o objetivo do direito é evitar se lese ou se prejudique a outrem”⁵¹.

Além disso, argumenta-se que a Moral se volta ao aspecto interno, psíquico da pessoa, preocupando-se com a intenção⁵², enquanto o Direito regula condutas que se exteriorizam no mundo físico. Mesmo assim, cabe observar que o elemento intencional também é relevante na verificação das consequências da conduta sob a perspectiva jurídica, como ocorre na esfera do Direito Penal, no que se refere à intenção de praticar o crime, envolvendo questões referentes ao dolo e à culpa. O mesmo ocorre no Direito Civil, em que o elemento intencional apresenta relevância em questões como aquelas envolvendo a invalidação do negócio jurídico em razão de dolo, erro, coação ou fraude.

As esferas da Moral e do Direito se entrelaçam e se interpenetram de várias formas, havendo normas morais que se convertem em normas jurídicas, como ocorreu com o dever do empregador de socorrer o seu empregado acidentado⁵³.

De acordo com a “teoria do mínimo ético”, defendida por Jeremias Bentham e Georg Jellinek, o Direito representa o mínimo da Moral, considerado obrigatório para a vida em sociedade. Nesse enfoque, o Direito faz parte da Moral, como “dois círculos concêntricos, sendo o círculo maior o da Moral e o menor o do Direito”, havendo, assim, um “campo de ação comum a ambos”⁵⁴.

No entanto, na realidade, há diversas normas jurídicas que não apresentam qualquer relação com a Moral, como, por exemplo, a regra processual que fixa prazo para o réu apresentar a contestação⁵⁵. Existem, assim, normas do Direito que se baseiam em questões puramente técnicas, além de outras que estabelecem atos juridicamente lícitos, que podem não o ser do ponto de vista estritamente moral. Como se nota, há um campo do Direito que é indiferente à Moral. Desse modo, a relação entre o Direito e Moral, em verdade, pode ser representada como “dois círculos secantes”⁵⁶.

-
- ¹ Cf. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Introdução à história do direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 16: “Pois é este, enfim, o propósito da História, ciência que trata de narrar e fazer conhecer os acontecimentos sociais ocorridos e vividos, acertando versões, afastando dúvidas, buscando a certeza, sempre com fundamento nos dados já existentes ou naqueles que necessitam ser levantados e esclarecidos”.
- ² Cf. NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 5: “a História – seja a geral, seja a específica e, neste caso, a História do Direito – não envolve tão só a arte de narrar; ela abrange ainda o processo de investigar”.
- ³ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 230.
- ⁴ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 230.
- ⁵ Cf. GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de António Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. p. 13: “A história do direito visa fazer compreender como é que o direito actual se formou e desenvolveu, bem como de que maneira evoluiu no decurso dos séculos”.
- ⁶ Cf. NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 13.
- ⁷ Cf. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 323.
- ⁸ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 323.
- ⁹ Cf. MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 3.
- ¹⁰ REALE, Miguel. Op. cit., p. 26.
- ¹¹ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 28.
- ¹² Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 29.
- ¹³ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 33.
- ¹⁴ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 34: “toda norma enuncia algo que *deve ser*, em virtude de ter sido reconhecido um valor como razão determinante de um comportamento declarado como obrigatório”.
- ¹⁵ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 35.
- ¹⁶ REALE, Miguel. Op. cit., p. 35.
- ¹⁷ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 36.
- ¹⁸ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 66.
- ¹⁹ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 350.
- ²⁰ Cf. SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. A teoria da justiça e o direito do trabalho. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). *Curso de direito do trabalho: teoria geral*

do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2007. v. 1, p. 168.

- ²¹ SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. A teoria da justiça e o direito do trabalho. Op. cit., p. 169.
- ²² Cf. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 65-66.
- ²³ SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. A teoria da justiça e o direito do trabalho. Op. cit., p. 170-171.
- ²⁴ SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. A teoria da justiça e o direito do trabalho. Op. cit., p. 172.
- ²⁵ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Op. cit., p. 125-126.
- ²⁶ SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. A teoria da justiça e o direito do trabalho. Op. cit., p. 172-173.
- ²⁷ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Op. cit., p. 135.
- ²⁸ Cf. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Op. cit., p. 139-141.
- ²⁹ Cf. SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. A teoria da justiça e o direito do trabalho. Op. cit., p. 173.
- ³⁰ Cf. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Op. cit., p. 204-210.
- ³¹ Cf. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Op. cit., p. 210-225.
- ³² SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. A teoria da justiça e o direito do trabalho. Op. cit., p. 174.
- ³³ Cf. SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. A teoria da justiça e o direito do trabalho. Op. cit., p. 173-174.
- ³⁴ Cf. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Op. cit., p. 226-237.
- ³⁵ Cf. KÜMPEL, Vitor Frederico. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Método, 2007. p. 20: “Justo é o valor fundamental do direito, que deriva do latim *justus*, que significa correto, regular, normal, de acordo com o direito. Para a Teoria dos Valores (axiologia), o direito serve para realizar valores, sendo que possui seus próprios valores. Muito embora o justo seja um valor ideal, pode-se afirmar que é um valor amplo, embora objetivo, na medida em que se apresenta de maneira hierarquizada e disciplinada por meio dos princípios e das normas constitucionais. Chega-se a conceituar o direito como o conjunto normativo das relações sociais, baseado na integração de fatos e valores. O grande objetivo do direito é a busca do justo, ou seja, a realização da justiça”.
- ³⁶ REALE, Miguel. Op. cit., p. 371.
- ³⁷ REALE, Miguel. Op. cit., p. 372.

- ³⁸ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 409-411.
- ³⁹ Cf. MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 27. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 258: “A obrigação de assegurar condições de higiene e segurança no ambiente de trabalho, o pagamento de impostos, a subscrição compulsória de títulos da dívida pública e outras medidas exigidas pelo bem comum constituem imposições de justiça social”. Cf. ainda idem, ibidem, p. 270-271: “Todos têm o dever de contribuir para o bem comum. Mas esse dever é proporcional à respectiva função e responsabilidade na vida social [...] Mas há, também, no campo da justiça social relações regidas por igualdades simples ou absolutas. É que essa justiça, como virtude geral, abrange no seu campo de atuação atos de todas as demais virtudes, inclusive da justiça comutativa e distributiva, na medida em que eles são necessários ao bem comum”.
- ⁴⁰ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 308: “a justiça social é a virtude que ordena para o bem comum todos os atos humanos exteriores”.
- ⁴¹ MONTORO, André Franco. Op. cit., p. 266.
- ⁴² SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. A teoria da justiça e o direito do trabalho. Op. cit., p. 176-179.
- ⁴³ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 348-349: “Está a norma jurídica na zona do universo chamada ‘cultura’, que é o mundo construído pelos homens em razão de um sistema de valores. É, certamente, uma construção humana. O homem, atuando segundo valorações, verifica quais são as interações necessárias, que tomam, então, uma forma objetiva, que é a norma jurídica”.
- ⁴⁴ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 384: “A norma moral e a jurídica têm uma comum base ética, ambas constituem normas de comportamento”.
- ⁴⁵ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 40. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1, p. 3.
- ⁴⁶ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 3.
- ⁴⁷ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 44.
- ⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 384. Cf. TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 43: “a norma jurídica é *autorizante* porque *autoriza* o emprego dos meios competentes, permitidos pela lei, para exigir, dos violadores dela (violadores efetivos ou prováveis), o cumprimento do que ela manda, ou a reparação do mal causado pela violação” (destaques do original).
- ⁴⁹ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 384. Cf. TELLES JUNIOR, Goffredo. Op. cit., p. 44: “A norma jurídica, portanto, é sempre um *autorizamento*, além de ser um *mandamento*. Este é o motivo pelo qual se diz que a norma jurídica é *bilateral*. De fato, *por um lado*, ela é um *mandamento*, imposto a determinadas pessoas; e, *por outro lado*, é um *autorizamento*, instituído em benefício de outras pessoas (das pessoas prejudicadas pelo descumprimento do mandamento)” (destaques do original).

- ⁵⁰ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 384-385. Idem, *ibidem*, p. 387: “O *autorizamento* constitui a pedra de toque, o *elemento* necessário e *específico* da norma jurídica; é ele que a distingue das demais normas que são, puramente, imperativas”.
- ⁵¹ MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 3.
- ⁵² Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 3.
- ⁵³ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 4; RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, p. 5-6.
- ⁵⁴ REALE, Miguel. Op. cit., p. 42.
- ⁵⁵ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 42-43.
- ⁵⁶ REALE, Miguel. Op. cit., p. 43.

NOÇÕES ESSENCIAIS NO DIREITO:

Relação Jurídica; Direito Subjetivo; Direito Objetivo;
Sujeito de Direito; Personalidade Jurídica; Pessoa
Física; Pessoa Jurídica

Sumário: 1. Direito objetivo e direito subjetivo – 2. Relação jurídica e sujeito de direito – 3. Personalidade jurídica – 4. Pessoa física e pessoa jurídica: 4.1 Classificação das pessoas jurídicas.

1. DIREITO OBJETIVO E DIREITO SUBJETIVO

Como já mencionado anteriormente, o termo direito apresenta uma diversidade de sentidos. Uma distinção de grande importância que se faz é entre Direito objetivo e direito subjetivo.

O *Direito objetivo* é entendido como o conjunto de normas jurídicas que prescrevem condutas e regulam a vida em sociedade, formando o ordenamento jurídico¹. É entendido como a “norma da ação humana, isto é, a *norma agendi*”².

O *direito subjetivo*, por sua vez, refere-se ao direito que a pessoa apresenta, quanto a certa relação jurídica, o qual decorre de norma jurídica assim prevendo. Nesse sentido, o direito subjetivo é o poder, ou seja, a prerrogativa que a pessoa (no caso, o titular do direito subjetivo) tem de obter certo efeito jurídico, em conformidade e em razão da previsão de norma jurídica nesse sentido³.

De acordo com Silvio Rodrigues: “Trata-se da faculdade conferida ao indivíduo de invocar a norma a seu favor, ou seja, da faculdade de agir sob a sombra da regra, isto é, a *facultas agendi*”⁴.

O direito subjetivo também é entendido como a *permissão* conferida por meio da norma jurídica (para fazer ou não fazer, ter ou não ter algo)⁵, bem como a *autorização* para exigir, por meio de órgãos competentes e dos processos legais, o cumprimento da previsão da norma jurídica e eventual reparação do mal sofrido⁶.

Na verdade, o Direito objetivo e o direito subjetivo não são opostos entre si, mas integram a mesma realidade⁷, enfocada sob prismas distintos. Por exemplo, no ordenamento jurídico, há norma jurídica no sentido de que o devedor deve pagar ao credor a dívida quando do seu vencimento (*Direito objetivo*). Como já estudado, caso esse mandamento imperativo não seja observado, há a possibilidade de incidir a coerção, aplicando-se a sanção, pelo órgão instituído e organizado, de modo a constranger o devedor a observar a norma jurídica. O titular do direito, assim, tem o poder de fazer com que a norma jurídica seja respeitada, recebendo do devedor aquilo que lhe é devido. Pode-se observar, no exemplo em destaque, que o credor é titular de *direito subjetivo*, o qual autoriza e atribui a prerrogativa de obter aquilo que lhe é devido, no caso, o pagamento⁸.

Ainda exemplificando, a Constituição Federal garante o direito de propriedade, o qual está assegurado, assim, pelo Direito objetivo. O proprietário, por sua vez, é titular da prerrogativa, decorrente dessa norma jurídica, de invocá-la na defesa de seu interesse, o que corresponde ao direito subjetivo⁹.

Há diversas teorias a respeito dos direitos subjetivos.

Para a “teoria da vontade”, defendida por Windscheid, o direito subjetivo é a vontade juridicamente protegida. Para essa teoria, “quem tem determinado direito, em virtude do ordenamento jurídico, pode agir consoante a norma de que aquele direito deriva”¹⁰.

As críticas a essa teoria são no sentido de que há direitos subjetivos que não dependem da manifestação de vontade, como é o caso de direitos daqueles considerados incapazes (por exemplo, os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, não podendo exprimir sua vontade por si). Além disso, há situações em que a subsistência do direito independe da vontade do seu titular, como é o caso do invasor de propriedade alheia, o qual viola o direito de propriedade do respectivo proprietário, ainda que este não se manifeste no sentido de proibir essa invasão¹¹.

Aliás, pode existir direito subjetivo mesmo que o seu titular dele não tenha conhecimento, como ocorreria na transferência dos bens aos herdeiros no instante do falecimento da pessoa, abrindo-se a sucessão (art. 1.784 do Código Civil de 2002), podendo-se imaginar a hipótese de herdeiro que não tenha conhecimento desse falecimento, embora já existente o seu direito subjetivo¹².

Reconhecendo, de certa forma, a procedência dessas críticas, Windscheid conferiu à sua doutrina uma segunda feição, esclarecendo que por “vontade” não entendia a palavra em sentido estritamente psíquico, mas “só em sentido lógico, como vontade normativa, isto é, como *poder jurídico de querer*”¹³.

A “teoria do interesse”, defendida por Ihering, assevera que o direito subjetivo é o interesse juridicamente protegido, ou seja, o interesse da pessoa garantido pela ordem jurídica¹⁴.

Essa teoria também recebeu críticas, no sentido de que há direitos subjetivos que dificilmente se ligam a um interesse, do mesmo modo que há interesses que não conseguem obter a proteção jurídica¹⁵. Além disso, o “interesse”, entendido como a utilidade ou o proveito (bens), na realidade, não é direito, mas sim *objeto de direito*¹⁶.

A teoria mista ou eclética, por sua vez, defendida por Jellinek, define o direito subjetivo conjugando e conciliando os elementos vontade e interesse. Nesse enfoque, “direito subjetivo é o interesse protegido, que a vontade tem o poder de realizar”¹⁷.

As críticas feitas à teoria da vontade e à teoria do interesse acabam incidindo sobre a teoria mista ou eclética, justamente porque ela procura unir os dois enfoques para conceituar o direito subjetivo¹⁸.

Deve-se destacar, ainda, a posição de Giorgio Del Vecchio, semelhante à segunda formulação da teoria de Windscheid, defendendo que o direito subjetivo “não é o querer, mas

a *possibilidade de querer*. Não é a vontade, mas a potencialidade da vontade”¹⁹. Desse modo, exemplificando, em razão do falecimento do pai, o filho se torna titular de direito subjetivo (à herança), mesmo sem o saber, pois existe a possibilidade de querer. Trata-se, portanto, “*de uma possibilidade lógica de querer no âmbito normativo*”²⁰.

Há, ainda, as teorias que negam a existência dos direitos subjetivos. Nessa linha, para Kelsen, o direito subjetivo é a expressão do dever jurídico, ou seja, o reflexo daquilo que é devido por alguém em razão da norma jurídica²¹. Desse modo, o que se chama de direito subjetivo e de obrigação jurídica, na realidade, é a própria norma jurídica, considerada do ponto de vista do comportamento que ela impõe a determinada pessoa²². Nessa linha de entendimento, o direito subjetivo é a própria norma jurídica “enquanto atribui a alguém o poder jurídico correspondente ao dever que nela se contém”²³.

Mesmo assim, o entendimento majoritário é no sentido de se reconhecer a existência do direito subjetivo, definido como a prerrogativa que a pessoa tem de exigir o cumprimento do preceito jurídico, conforme a previsão na norma jurídica²⁴.

Registre-se, ainda, que, ao lado do direito subjetivo, há o dever jurídico correspondente, uma vez que as normas jurídicas estabelecem regras de conduta a serem observadas, com a respectiva previsão de sanção. Nesse sentido, o comprador tem o direito de receber a coisa, enquanto o vendedor tem o dever de entregar a coisa; o vendedor tem o direito de receber o preço, enquanto o comprador tem o dever de pagar o preço²⁵. O direito subjetivo e o correspondente dever jurídico, enfocados no âmbito da relação jurídica, revelam a “*bilateralidade*” desta²⁶.

Apesar disso, cabe destacar a existência dos chamados *direitos potestativos*, nos quais à faculdade de agir do titular do direito não corresponde uma prestação de outrem. Desse modo, o titular do direito potestativo, por declaração unilateral de vontade, cria, modifica ou extingue relações jurídicas, ficando o sujeito passivo em estado ou posição de *sujeição*²⁷. O exercício do direito potestativo, assim, ocorre pela declaração unilateral de vontade, como, por exemplo, o direito de revogar a procuração. Logo, no direito potestativo não se verifica o correspondente dever jurídico, tal como ocorre no direito subjetivo propriamente²⁸. Efetivamente, nessa modalidade de direito, a qual pode ser representada pelo binômio “*poder-sujeição*”, não há nada que o titular da sujeição possa ou deva fazer, ou seja, não há dever, “*mas apenas submissão à manifestação unilateral do titular do direito*”, a qual alcança a esfera jurídica do sujeito passivo²⁹.

2. RELAÇÃO JURÍDICA E SUJEITO DE DIREITO

Foram analisados no item anterior os conceitos de Direito objetivo e direito subjetivo.

No presente tópico, cabe destacar que o direito subjetivo tem um titular, que é o *sujeito de direito*³⁰.

Esse titular do direito subjetivo, como titular da prerrogativa que decorre da norma jurídica, de exigir o seu cumprimento, figura como *sujeito ativo* na relação jurídica, a qual apresenta um ou vários *sujeitos passivos*, os quais devem cumprir a obrigação jurídica ou se abster de prejudicar o direito subjetivo, de titularidade do sujeito ativo³¹.



Relação jurídica é a relação social na qual a norma jurídica incide, tendo em vista a sua importância para a vida em sociedade³². Ou seja, relação jurídica é a relação social, entre pessoas, regulada pelo Direito³³.

Sob outro enfoque, a relação jurídica é o *vínculo* ou liame entre pessoas ou grupos de pessoas, regulado por norma jurídica³⁴. Esse vínculo é de “sujeição relativa ou específica” se o sujeito passivo tem o dever de satisfazer determinado interesse do titular do direito, como ocorre no direito de crédito. A sujeição é “absoluta ou genérica” quando consiste apenas no dever de respeitar a posição jurídica do titular do direito, como se verifica nos direitos da personalidade e nos direitos reais, os quais são oponíveis *erga omnes* (em face de todos)³⁵. Esclareça-se, quanto aos direitos reais, que a conceituação clássica os definia como um direito entre a pessoa (titular do direito real) e uma coisa. No entanto, a concepção mais acertada, defendida por Planiol, explica que o direito real também tem: sujeito ativo, sujeito passivo e objeto. Desse modo, por exemplo, no direito de propriedade, o titular do domínio é o sujeito ativo, sendo sujeitos passivos na relação jurídica em questão todas as demais pessoas³⁶.

De acordo com Manuel A. Domingues de Andrade, em sentido mais amplo, relação jurídica é toda “relação da vida real (social), juridicamente relevante (produtiva de consequências jurídicas), isto é, disciplinada pelo Direito”. Ainda conforme o mesmo autor, relação jurídica, em acepção mais estrita, é “a relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjectivo e a correspondente imposição a outra pessoa de um dever ou de uma sujeição”³⁷.

Como esclarece Miguel Reale, “em toda relação jurídica, duas ou mais pessoas ficam ligadas entresi por um laço que lhes atribui, de maneira proporcional ou objetiva, poderes

para agir e deveres a cumprir”³⁸.

A relação jurídica *obrigacional*, em específico, de acordo com a doutrina, é composta dos elementos débito e responsabilidade³⁹. Como esclarece Washington de Barros Monteiro: “O vínculo jurídico que une os dois sujeitos por causa da prestação, compreende, portanto, de um lado, o *dever* da pessoa obrigada (*debitum*), e, de outro, a *responsabilidade*, em caso de inadimplemento (*obligatio*)”⁴⁰.

Como já foi destacado, na relação jurídica há o titular do direito subjetivo, que é sujeito de direito. Na realidade, pode-se entender que são sujeitos de direito o titular do dever jurídico (sujeito passivo) e o titular do direito subjetivo (sujeito ativo)⁴¹. Portanto, a relação jurídica se dá entre dois sujeitos de direito, ocupando posições contrapostas, sendo designados como “partes” (diferentemente dos terceiros, os quais são pessoas alheias à relação jurídica)⁴².

SUJEITOS DE DIREITO:

- titular do direito subjetivo (sujeito ativo);
- titular do dever jurídico (sujeito passivo).

Como estabelece o art. 1.º do Código Civil de 2002: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

Na história da humanidade, no entanto, nem sempre foi assim. Os escravos, por exemplo, não eram considerados sujeitos de direito, mas sim equiparados às coisas⁴³. Com a evolução da civilização, chegou-se ao reconhecimento de que todas as pessoas são titulares de direitos e deveres, sem discriminação de idade, gênero, cor, raça, estado civil e nacionalidade⁴⁴. Registre-se, ainda, que sujeito de direito é a pessoa, mas não uma coisa ou um animal irracional⁴⁵. Quando se protege um animal ou uma paisagem, não se está reconhecendo um direito ao animal ou à coisa, mas protegendo um interesse de valor para a sociedade⁴⁶.

O sujeito ativo tem a “proteção jurídica”, que significa a autorização decorrente do ordenamento jurídico para obter o cumprimento do dever jurídico, podendo ingressar em juízo com este objetivo⁴⁷.

Destaque-se, desde já, que o sujeito de direito é a pessoa, mas esta pode ser pessoa natural ou pessoa jurídica.

SUJEITO DE DIREITO:

- pessoa natural;

- pessoa jurídica.

A possibilidade de ser titular de direitos corresponde à *personalidade*, tema que será estudado com mais detalhes no item seguinte.

No que se refere ao *conteúdo* da relação jurídica, esta pode ser:

- **simples:** constitui-se de um só direito subjetivo;
- **complexa:** contém vários direitos subjetivos, ocupando os sujeitos da relação jurídica, simultaneamente, a posição ativa e a posição passiva (v.g., no contrato de compra e venda, em que o comprador figura como sujeito ativo, titular do direito de receber a coisa, e sujeito passivo, tendo o dever de pagar o preço; o vendedor se posiciona como sujeito passivo, tendo o dever de entregar a coisa, e sujeito ativo, titular do direito de receber o preço)⁴⁸.

A relação jurídica possui, ainda, um aspecto objetivo, ou seja, um *objeto*. O objeto da relação jurídica pode ser:

- **imediate:** a prestação devida pelo sujeito passivo, sabendo-se que o sujeito ativo tem a prerrogativa de exigir o cumprimento da obrigação de dar, fazer ou não fazer;
- **mediato:** o bem móvel, imóvel ou semovente, sobre o qual recai o direito subjetivo⁴⁹.

Há entendimento, defendido por Miguel Reale, de que o objeto de uma relação jurídica pode ser uma pessoa, uma prestação, ou uma coisa. Nesse enfoque, nos *direitos pessoais*, como no poder familiar, a relação jurídica é mantida entre o responsável legal e o filho, tendo como seu objeto uma pessoa. Nos *direitos obrigacionais*, como ocorre nos contratos, o objeto é uma prestação. Nos *direitos reais*, o objeto da relação jurídica é uma coisa⁵⁰.

Ademais, a relação jurídica surge de um “*fato propulsor*, idôneo à produção de consequências jurídicas”⁵¹, ou seja, de um fato jurídico (em sentido amplo), o qual é um acontecimento, decorrente ou não da vontade humana que, de acordo com a previsão da norma jurídica, tem o efeito de criar, transmitir, resguardar, modificar ou extinguir direitos⁵².

O fato jurídico (em sentido amplo) pode ser⁵³:

- acontecimento independente da vontade humana, como um evento da natureza (*fato jurídico* em sentido estrito);
- ato voluntário, mas que produza os efeitos já previamente estabelecidos pela norma jurídica (*ato jurídico* em sentido estrito);

- ato de vontade, manifestada (declarada) pela pessoa, que tenha como objetivo produzir os efeitos pretendidos pelo sujeito (*negócio jurídico*);
- ato decorrente de ação ou conduta humana contrária ao Direito (*ato ilícito*).

O *negócio jurídico* é a espécie de ato jurídico por meio do qual uma ou mais pessoas, em razão da declaração de vontade, instauram uma relação jurídica, cujos efeitos se subordinam à vontade declarada, nos limites consentidos pela ordem jurídica⁵⁴.

Além disso, a relação jurídica, justamente por ser disciplinada pelo Direito, possui a *proteção jurídica*, no sentido de autorizar que se exija o cumprimento do direito assegurado ao seu titular, prevendo sanção para o caso de violação da norma jurídica incidente⁵⁵.

RELAÇÃO JURÍDICA:

SUJEITOS: ativo (titular do direito subjetivo) passivo
(titular do dever jurídico)

OBJETO imediato: prestação (dar, fazer, não fazer) mediato: bem jurídico

FATO PROPULSOR: fato jurídico

PROTEÇÃO JURÍDICA

FATO JURÍDICO → RELAÇÃO JURÍDICA

3. PERSONALIDADE JURÍDICA

A palavra *pessoa* tem origem no latim “*persona*”, significando “máscara” na linguagem teatral romana, fazendo ressoar a voz da pessoa. Na evolução do seu sentido, o vocábulo passou a significar o papel que cada ator representava e, posteriormente, a atuação da pessoa na esfera jurídica. Por fim, o termo passou a significar a própria pessoa que representava esses papéis⁵⁶.

O vocábulo *pessoa* pode ser entendido em três sentidos diversos.

No sentido vulgar, *pessoa* significa o ente humano. No entanto, no âmbito jurídico, há entes que são sujeitos de direitos e, assim, reconhecidos como pessoas, embora não sejam seres humanos, como ocorre com a *pessoa jurídica*. Além disso, em tempos pretéritos, havia

os escravos, que não eram considerados pessoas, por não serem sujeitos de direito⁵⁷.

No sentido filosófico, pessoa é o ente que realiza o seu fim moral e sua atividade de forma consciente, como é o ser humano ou alguma coletividade que preencha tais requisitos⁵⁸.

No sentido jurídico, pessoa é considerada o ente físico ou moral, capaz de direitos e deveres. Como observa Washington de Barros Monteiro: “Nesse sentido, pessoa é sinônimo de sujeito de direito ou sujeito de relação jurídica”⁵⁹. Como já destacado, no Direito moderno, todo ser humano é considerado pessoa, ou seja, sujeito de direito. Além dos seres humanos, também são pessoas, em termos jurídicos, certas organizações ou coletividades (pessoas jurídicas), as quais são dotadas de personalidade jurídica⁶⁰.

Pode-se concluir que existem duas modalidades de pessoas, reconhecidas pela ordem jurídica:

- a pessoa natural ou pessoa física, que é o ser humano;
- a pessoa jurídica ou pessoa moral.

Tanto a pessoa natural, como a pessoa jurídica, são dotadas de *personalidade jurídica*. Além disso, o ordenamento jurídico reconhece e legitima certos entes *não personalizados* para atuar e figurar nas relações jurídicas, por meio de seus representantes. Nesse sentido, destacam-se o espólio, o condomínio em edifícios e a massa falida, representados, inclusive em juízo, respectivamente, pelo inventariante, pelo síndico (Código de Processo Civil de 1973, art. 12, incisos V e IX, e novo CPC, art. 75, incisos VI e X) e pelo administrador judicial (Lei 11.101/2005, arts. 99, inciso IX, e 22)⁶¹.

A personalidade significa o conjunto dos poderes de adquirir direitos e exercer, por si ou por outrem, atos da vida civil⁶².

A personalidade jurídica também é vista como “a possibilidade de ser titular de direitos”⁶³, “a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações”⁶⁴, “a *capacidade genérica de ser sujeito de direitos*”, quer dizer, “a capacidade *in abstracto* de ser sujeito de direitos ou obrigações, ou seja, de exercer determinadas atividades e de cumprir determinados deveres decorrentes da convivência em sociedade”⁶⁵.

A capacidade jurídica, em sentido próprio, é elemento da personalidade⁶⁶.

Desse modo, a capacidade jurídica “indica uma extensão do exercício da personalidade, como que a *medida da personalidade em concreto*”⁶⁷.

Existem duas espécies de capacidade:

A *capacidade de direito ou de gozo* é inerente à pessoa, referindo-se à aptidão para ser sujeito de direitos e deveres⁶⁸. Nesse sentido, de acordo com o art. 1.º do Código Civil de

2002: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

Essa capacidade de direito ou de gozo se distingue da *legitimação*, a qual consiste em saber se uma pessoa, em face de determinada relação jurídica, tem ou não autorização para praticar o ato jurídico, tendo em vista sua posição especial quanto a certos bens, pessoas ou interesses⁶⁹. Vejamos o seguinte exemplo: o proprietário tem o direito de alienar seu bem (capacidade de gozo), mas, para vendê-lo a um descendente, necessita de prévio consentimento dos demais (legitimidade), conforme art. 496 do Código Civil de 2002⁷⁰.

A *capacidade de exercício ou de fato* significa a aptidão para exercer por si os direitos⁷¹, ou seja, para pessoalmente atuar na esfera jurídica⁷².

A capacidade de exercício ou de fato pressupõe a existência da capacidade de direito ou de gozo, mas esta última pode existir sem que se verifique a primeira⁷³.

A capacidade de exercício ou de fato é vinculada por certos fatores objetivos, envolvendo a idade e o estado ou condição mental. Registre-se que a incapacidade de exercício não afasta a capacidade de direito, a qual é inerente à pessoa; referida incapacidade de exercício dos direitos é suprida pelo instituto da representação, de modo que o incapaz exerce os seus direitos por meio de seus representantes legais⁷⁴.

Na realidade, a previsão de certas pessoas com incapacidade (de exercício ou de fato) tem como objetivo protegê-las, preservando os seus interesses⁷⁵.

No âmbito das relações civis, são considerados absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil (art. 3.º do Código Civil de 2002):

- os menores de dezesseis anos;
- os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
- os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Os absolutamente incapazes não podem exercer por si mesmos quaisquer atos da vida civil, não sendo considerada pelo ordenamento jurídico a sua vontade. O ato ou negócio jurídico praticado pelo absolutamente incapaz é nulo⁷⁶, conforme art. 166, inciso I, do Código Civil de 2002.

O absolutamente incapaz, desse modo, deve ser *representado* para o exercício de direitos e a prática de atos jurídicos, pelos pais, tutor ou curador⁷⁷.

Ainda na esfera das relações civis, são incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer (art. 4.º do Código Civil de 2002):

- os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
- os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
- os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
- os pródigos⁷⁸.

A capacidade dos índios, por sua vez, é regulada por legislação especial.

Na incapacidade relativa, permite-se a prática de atos jurídicos, desde que o relativamente incapaz seja assistido por pessoa plenamente capaz (pais, tutor ou curador). É anulável o negócio jurídico por incapacidade relativa do agente⁷⁹, na forma do art. 171, inciso I, do Código Civil de 2002.

A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil (art. 5.º do Código Civil de 2002).

Cessar, para os menores, a incapacidade:

- pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;
- pelo casamento;
- pelo exercício de emprego público efetivo;
- pela colação de grau em curso de ensino superior;
- pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

As hipóteses acima se referem às formas de emancipação⁸⁰.

4. PESSOA FÍSICA E PESSOA JURÍDICA

Nos itens anteriores, foram estudados os conceitos jurídicos de sujeito de direito, pessoa, personalidade e capacidade.

Assim, como já destacado, há duas espécies de pessoas, quais sejam:

- a *pessoa natural*, também chamada pessoa física, ou seja, o ser humano;

- a *pessoa jurídica*, também denominada pessoa moral ou pessoa coletiva⁸¹.

No que se refere à pessoa natural, de acordo com o art. 2.º do Código Civil de 2002, a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Desse modo, a personalidade jurídica da pessoa natural se inicia com o seu nascimento com vida⁸², ou seja, “preciso será que a criança se separe completamente do ventre materno”⁸³. Por outro lado, se a criança nasce morta, “não chega a adquirir personalidade, não recebe nem transmite direitos”⁸⁴.

Como se nota, em termos jurídicos, o nascimento com vida é o marco para o início da personalidade, ainda que, antes disso, em termos biológicos, já possa existir (início de) “vida”.

Justamente por isso é que a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Isso significa que o nascituro ainda não tem personalidade jurídica, mas os seus direitos são salvaguardados⁸⁵.

Frise-se que o ordenamento jurídico reconhece ser a pessoa titular de direitos inerentes à sua personalidade⁸⁶. Nesse sentido, os *direitos da personalidade* são aqueles “reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico, exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos”⁸⁷.

Os direitos da personalidade podem ser classificados da seguinte forma⁸⁸:

- ***direitos físicos***: referentes à estrutura material ou corporal do ser humano (integridade corporal), como os direitos à vida, à integridade física, à imagem e à VOZ;
- ***direitos psíquicos***: relativos aos elementos intrínsecos da personalidade (integridade psíquica, compreendendo a liberdade, a intimidade, o sigilo etc.), como os direitos à liberdade (de pensamento, de expressão, de culto), à intimidade e à privacidade, à incolumidade da mente e ao segredo (inclusive profissional);
- ***direitos morais***: abrangendo atributos da pessoa na sociedade (patrimônio moral, compreendendo a identidade, a honra, as manifestações do intelecto), como os direitos à identidade (nome e outros sinais que individualizam a pessoa), à honra (reputação ou consideração social), ao respeito (dignidade e decoro) e às criações intelectuais.

O art. 52 do CC/2002 prevê ser aplicável às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção

dos direitos da personalidade⁸⁹.

Nesse enfoque, a Súmula 227 do STJ assim dispõe: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

O fim da personalidade jurídica da pessoa natural ocorre com a morte. Efetivamente, de acordo com o art. 6.º do Código Civil de 2002, a existência da pessoa natural termina com a morte. Em razão disso, os mortos, em termos jurídicos, não são mais sujeitos de direito (*mors omnia solvet*)⁹⁰.

Além da *morte real*, o ordenamento jurídico admite certos casos de morte *presumida*. Embora o tema seja objeto do Direito Civil, registre-se que, de acordo com a parte final do art. 6.º do Código Civil de 2002, presume-se a morte, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

Da mesma forma, de acordo com o art. 7.º do Código Civil, pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência: se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra. A declaração da morte presumida, nos casos acima, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.

Digno de registro, ainda, é a regra do art. 8.º do Código Civil, de acordo com o qual: “Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos”⁹¹.

Vejam, em seguida, os principais aspectos referentes à *pessoa jurídica*.

Primeiramente, deve-se destacar que o indivíduo, por si só, não teria como realizar certos objetivos, de modo que, para alcançá-los, ele precisa se unir a outras pessoas, formando entes dotados de estrutura e personalidade jurídica próprias, permitindo superar as limitações de uma única pessoa humana⁹².

As pessoas jurídicas surgem com esse desiderato, de conjugação de esforços para realizar objetivos inatingíveis individualmente, decorrendo, ainda, da tendência natural do ser humano para o convívio em sociedade. Podem ser entendidas como entes formados para a realização de certos fins, sendo reconhecidas pelo ordenamento jurídico como sujeitos de direito⁹³.

No antigo Direito Romano, a pessoa jurídica ainda não existia tal como entendida na atualidade. No Direito Canônico é que o instituto se desenvolveu, com destaque para as fundações. Nos tempos modernos, observou-se uma multiplicação das pessoas jurídicas, para fins diversos, na esfera pública e privada⁹⁴.

Discute-se a respeito da natureza jurídica da pessoa jurídica.

A “teoria da ficção”, com origem no Direito Canônico, prevaleceu até o século XIX, não sendo mais adotada na atualidade. De acordo com essa teoria, defendida por Savigny, apenas o ser humano seria capaz de direitos. A pessoa jurídica seria um ser fictício, uma criação artificial da ordem jurídica, não existindo na realidade. No entanto, a teoria da ficção não tem como ser aceita, como observa Giorgio Del Vecchio, uma vez que o próprio Estado existe e é uma pessoa jurídica, que não se identifica com as pessoas físicas, não se podendo admiti-lo como uma ficção, caso contrário o próprio Direito o seria⁹⁵.

A “teoria da equiparação”, defendida por Windscheid, destaca que certos patrimônios são equiparados, no seu tratamento jurídico, às pessoas naturais. As pessoas jurídicas, de acordo com essa teoria, não teriam personalidade jurídica em sua substância, sendo patrimônios personificados pelo Direito. Essa teoria também é criticada por Del Vecchio, uma vez que atribui personalidade a patrimônios, o que seria considerar os bens como sujeitos de direito⁹⁶.

A “teoria da realidade objetiva”, também denominada “teoria orgânica”, seguida por autores como Von Thur, defende que são pessoas não apenas os seres humanos (pessoas físicas), mas também certos entes que possuem existência real, como realidades vivas. Estes últimos são organismos sociais, denominados pessoas jurídicas, tendo vida e vontade próprias. Nesse enfoque, caberia ao Direito apenas reconhecer a existência das pessoas jurídicas. Critica-se essa teoria, no sentido de que ela incide em ficção ao se referir à vontade própria da pessoa jurídica, uma vez que a “vontade é peculiar aos homens”⁹⁷.

A “teoria da realidade técnica ou jurídica” esclarece que, sob a perspectiva física e natural, apenas a pessoa física pode ser considerada realidade. No entanto, noções como de personalidade e de sujeito de direito não são decorrentes do mundo natural, mas sim da esfera jurídica, pertencente ao Direito. Por isso, da mesma forma que a personalidade jurídica, mesmo da pessoa natural, decorre do Direito, a ordem jurídica também pode concedê-la a outros entes que realizem interesses humanos. Como se nota, a pessoa jurídica não é nem uma mera ficção, nem uma realidade física (natural), mas uma realidade jurídica, estabelecida pelo Direito⁹⁸.

De acordo com a “teoria institucionalista”, defendida por Hariou, a pessoa jurídica é uma instituição. O elemento principal da instituição é a ideia que serve para unir aqueles que se dedicam ao objetivo comum. Nessa teoria, a pessoa jurídica é vista como a unidade de fins, tendo a sua existência situada no plano teleológico⁹⁹. A instituição apresenta uma vida interior, referente à atividade de seus membros, refletindo uma posição hierárquica entre os órgãos diretores e os demais componentes, o que gera uma estrutura orgânica. A pessoa jurídica, desse modo, seria uma instituição dotada de certo grau de concentração e organização¹⁰⁰.

De acordo com o Direito em vigor, pode-se concluir que as pessoas jurídicas são entes

dotados de realidade, entendendo-se mais adequado o enfoque reconhecendo tratar-se de uma realidade jurídica. Efetivamente, de acordo com o art. 45 do Código Civil de 2002: “Começa a *existência legal* das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo” (destaquei).

As pessoas jurídicas, assim, “são entidades a que a lei empresta personalidade, isto é, são seres que atuam na vida jurídica, com personalidade diversa da dos indivíduos que os compõem, capazes de serem sujeitos de direito e obrigações na vida civil”¹⁰¹.

4.1 Classificação das pessoas jurídicas

As pessoas jurídicas podem ser classificadas da seguinte forma:

a) pessoas jurídicas de direito público:

- pessoas jurídicas de direito público interno;
- pessoas jurídicas de direito público externo.

b) pessoas jurídicas de direito privado:

- associações;
- sociedades;
- fundações;
- organizações religiosas;
- partidos políticos;
- as empresas individuais de responsabilidade limitada.

Efetivamente, como estabelece o art. 40 do Código Civil de 2002: “As pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado”.

As *pessoas jurídicas de direito público*, como o próprio nome indica, são dotadas de personalidade jurídica de direito público, sendo reguladas por regime de Direito público.

São *pessoas jurídicas de direito público externo*: os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo Direito Internacional Público (art. 42 do Código Civil).

Desse modo, incluem-se como pessoas jurídicas de direito público externo não apenas os Estados estrangeiros, mas também a Santa Sé e os organismos internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT).

São *peessoas jurídicas de direito público interno* (art. 41 do Código Civil):

- a União;
- os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;
- os Municípios;
- as autarquias, inclusive as associações públicas; – as demais entidades de caráter público criadas por lei.

Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas do Código Civil.

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são entes públicos que integram a chamada Administração Pública direta. De acordo com o art. 1.º da Constituição Federal, a República Federativa do Brasil é “formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal”, constituindo-se em Estado Democrático de Direito.

O art. 18 da Constituição Federal de 1988, por sua vez, assim estabelece: “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

Compete à União “manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais” (art. 21, inciso I, da CF/1988). Desse modo, entende-se que a União é que representa a República Federativa do Brasil nas relações internacionais.

Quanto aos Territórios Federais, de acordo com o § 2.º do art. 18 da Constituição da República, “*integram a União*, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei complementar” (destaquei).

Registre-se que o art. 14 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (da CF/1988) transformou os Territórios Federais de Roraima e do Amapá em Estados Federados, mantidos seus atuais limites geográficos. O art. 15 do ADCT, por sua vez, extinguiu o Território Federal de Fernando de Noronha, sendo sua área reincorporada ao Estado de Pernambuco.

As autarquias e as fundações públicas são entes públicos que integram a Administração Pública indireta.

Quanto às fundações públicas, registre-se o entendimento de que, mesmo sendo instituídas pelo Poder Público, podem apresentar personalidade jurídica de direito privado, devendo-se verificar a previsão constante de seu ato constitutivo¹⁰².

De acordo com § 6.º do art. 37 da Constituição Federal de 1988: “As pessoas jurídicas

de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Em conformidade com a previsão acima, que adotou a teoria da responsabilidade civil objetiva do Estado¹⁰³, é que se deve interpretar a previsão do art. 43 do Código Civil de 2002, no sentido de que: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

As empresas públicas e as sociedades de economia mista também integram a Administração Pública indireta, porém, de acordo com o art. 173, § 1.º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, cabe à lei estabelecer o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre a “sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”. Desse modo, entende-se que os referidos entes, embora integrem a Administração Pública indireta, apresentam personalidade jurídica de direito privado.

Vejamos, a seguir, as *pessoas jurídicas de direito privado* (art. 44 do Código Civil de 2002).

As associações são constituídas pela união de pessoas que se organizam para fins *não econômicos* (art. 53 do Código Civil).

Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos.

Desse modo, nas associações não existe finalidade lucrativa; o seu objeto não tem fins econômicos, mas sim culturais, beneficentes, altruístas, religiosos, esportivos ou morais¹⁰⁴.

Mesmo assim, como observa Maria Helena Diniz: “Não perde a categoria de associação mesmo que realize negócios para manter ou aumentar o seu patrimônio, sem, contudo, proporcionar ganhos aos associados”¹⁰⁵.

As sociedades, por sua vez, são constituídas pela união de pessoas que se organizam para fins econômicos, com escopo de lucro¹⁰⁶.

Como prevê o art. 981 do Código Civil de 2002: “Celebaram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.

Anteriormente, as sociedades eram classificadas em civis e comerciais.

Na atualidade, especialmente após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, as

sociedades podem ser assim classificadas:

- *sociedades simples*;
- *sociedades empresárias*.

Partindo de critério diverso, as sociedades também podem ser classificadas em¹⁰⁷:

- ***sociedades personificadas***, as quais podem assumir diversas formas jurídicas: sociedade simples (arts. 997 a 1.038 do CC-2002), sociedade em nome coletivo (arts. 1.039 a 1.044 do CC-2002), sociedade em comandita simples (arts. 1.045 a 1.051 do CC-2002), sociedade limitada (arts. 1.052 a 1.087 do CC-2002), sociedade anônima ou por ações (arts. 1.088 e 1.089 do CC-2002 e Lei 6.404/1976), sociedade em comandita por ações (arts. 1.090 a 1.092 do CC-2002), sociedade cooperativa (arts. 1.093 a 1.096 do CC-2002 e Lei 5.764/1971). Registre-se, ainda, que são consideradas “coligadas” as sociedades que, em suas relações de capital, são controladas, filiadas, ou de simples participação, na forma dos arts 1.097 a 1.101 do Código Civil de 2002;
- ***sociedades não personificadas***, as quais podem assumir as formas de sociedade em comum (assim considerada enquanto não inscritos os atos constitutivos, conforme art. 986 do Código Civil de 2002) e sociedade em conta de participação (em que a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes, conforme art. 991 do Código Civil de 2002)¹⁰⁸.

Salvo as exceções expressas, é considerada “empresária” a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito ao registro. São consideradas “simples” as demais sociedades (art. 982 do Código Civil de 2002).

Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

De acordo com o art. 983 do Código Civil de 2002, a sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092 do mesmo Código; a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um desses tipos, e, não o fazendo, subordina-se às normas que lhe são próprias.

Tendo em vista a definição legal acima, deve-se destacar que se considera empresário “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a

circulação de bens ou de serviços” (art. 966 do Código Civil).

Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir “elemento de empresa”.

É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade (art. 967 do Código Civil).

Conclui-se, assim, que a sociedade empresária é aquela que apresenta o *elemento empresa*, ou seja, realiza *atividade econômica*, de forma *organizada*, para a *produção ou circulação de bens ou serviços*. Isso significa que na sociedade empresária a atividade econômica é realizada com a devida *organização dos fatores de produção* (capital, trabalho, recursos materiais e naturais e tecnologia), de modo a produzir ou operar a circulação de bens e serviços ao mercado.

Sendo a atividade econômica desenvolvida pela sociedade, mas sem essa organização dos fatores de produção (ou seja, sem o elemento empresa), tem-se uma sociedade simples¹⁰⁹.

As fundações, por sua vez, são pessoas jurídicas “que se constituem em torno de um patrimônio destinado a um fim”¹¹⁰.

De acordo com Maria Helena Diniz, as fundações particulares “são universalidades de bens personalizadas pela ordem jurídica, em consideração a um fim estipulado pelo fundador, sendo este objetivo imutável e seus órgãos servientes, pois todas as resoluções estão delimitadas pelo instituidor”¹¹¹.

As fundações são criadas pelo seu instituidor, o qual faz, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.

Desse modo, o ato de fundação pode ser *inter vivos* (em que se tem a fundação criada por escritura pública) ou *mortis causa* (fundação criada por testamento), ambos dependendo de registro (art. 46 do Código Civil)¹¹².

A fundação somente pode se constituir para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência (art. 62, parágrafo único, do Código Civil).

Tornando-se ilícita, impossível ou inútil a finalidade a que visa a fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o órgão do Ministério Público, ou qualquer interessado, lhe promoverá a extinção, incorporando-se o seu patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou no estatuto, em outra fundação, designada pelo juiz, que se proponha a fim igual ou semelhante (art. 69 do Código Civil).

As organizações religiosas são de livre criação, organização, estruturação interna e funcionamento. Veda-se ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos

constitutivos e necessários ao seu funcionamento (art. 44, § 1.º, do Código Civil de 2002, acrescentado pela Lei 10.825/2003).

Os partidos políticos, previstos no art. 17 da Constituição Federal de 1988, devem ser organizados e funcionar conforme o disposto em lei específica (art. 44, § 3.º, do Código Civil de 2002, acrescentado pela Lei 10.825/2003). Nesse sentido dispõe a Lei 9.096, de 19 de setembro de 1995, ao prever em seu art. 1.º, que o partido político é pessoa jurídica de direito privado e se destina a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal.

A empresa individual de responsabilidade limitada, conforme o art. 980-A do Código Civil de 2002, incluído pela Lei 12.441/2011, deve ser constituída por *uma única pessoa* titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não deve ser inferior a 100 vezes o maior salário mínimo vigente no País.

A empresa individual de responsabilidade limitada, na verdade, permite separar o patrimônio pessoal, de modo a não se confundir com o patrimônio que pertence à pessoa jurídica, para o exercício da atividade empresarial.

No caso em questão, o nome empresarial deve ser formado pela inclusão da expressão “EIRELI” após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada (art. 980-A, § 1.º, do Código Civil de 2002).

A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente pode figurar em uma única empresa dessa modalidade (art. 980-A, § 2.º, do Código Civil de 2002).

A empresa individual de responsabilidade limitada também pode resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração (art. 980-A, § 3.º, do Código Civil de 2002).

A existência legal das pessoas jurídicas de direito privado se inicia “com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo” (art. 45 do Código Civil de 2002).

Na mesma linha, de acordo com o art. 985 do Código Civil, a sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos¹¹³.

A existência das pessoas jurídicas de direito privado termina com a sua dissolução e liquidação¹¹⁴.

Efetivamente, nos casos de dissolução da pessoa jurídica, ou cassada a autorização para

seu funcionamento, ela subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua (art. 51 do Código Civil de 2002)¹¹⁵.

A averbação da dissolução da pessoa jurídica deve ser feita no registro em que ela estiver inscrita. Encerrada a liquidação, promover-se-á o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica.

-
- ¹ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 246: “O direito objetivo é o complexo de normas jurídicas que regem o comportamento humano, prescrevendo uma sanção no caso de sua violação”.
- ² RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, p. 6-7.
- ³ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 40. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1, p. 4.
- ⁴ Cf. RODRIGUES, Silvio. Op. cit., p. 7. Deve-se registrar que, de acordo com Miguel Reale: “A palavra faculdade não é, porém, sinônimo de direito subjetivo, mas designa as *modalidades de seu exercício*, como se dá, por exemplo, quando dizemos que o titular do direito subjetivo de propriedade *tem faculdade* de dispor de seu bem, de alugá-lo, doá-lo, legá-lo etc. *Faculdade, em sentido estrito, é, pois, uma forma de exercício do direito subjetivo*” (*Lições preliminares de direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 248).
- ⁵ Cf. TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 253.
- ⁶ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 246.
- ⁷ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 248: “Um autor moderno, W. Burckhardt, declara que o direito subjetivo está para o objetivo como a área interna de um cone está para a sua face externa protetora. É impossível conceber-se, efetivamente, o direito subjetivo desligado do objetivo”.
- ⁸ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 5.
- ⁹ Cf. RODRIGUES, Silvio. Op. cit., p. 7.
- ¹⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 5.
- ¹¹ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 5.
- ¹² Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 250-251.
- ¹³ REALE, Miguel. Op. cit., p. 251.
- ¹⁴ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 6.
- ¹⁵ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 6.
- ¹⁶ Cf. TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. Op. cit., p. 262.
- ¹⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 6.
- ¹⁸ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 253.
- ¹⁹ REALE, Miguel. Op. cit., p. 254.
- ²⁰ REALE, Miguel. Op. cit., p. 254.
- ²¹ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 254; KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1976. p. 184-189.

- ²² Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 7.
- ²³ REALE, Miguel. Op. cit., p. 254.
- ²⁴ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 258: “*direito subjetivo é a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio*”.
- ²⁵ Cf. KÜMPPEL, Vitor Frederico. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Método, 2007. p. 22.
- ²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil*. 21. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1, p. 36.
- ²⁷ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica: sujeitos e objeto*. Coimbra: Almedina, 2003. v. 1, p. 12-13.
- ²⁸ Cf. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. rev., atual. e aum. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 107-108.
- ²⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 37.
- ³⁰ Cf. RODRIGUES, Silvio. Op. cit., p. 35: “*não há direito subjetivo que não tenha um sujeito, pois o direito tem por escopo proteger os interesses humanos*”.
- ³¹ Cf. RODRIGUES, Silvio. Op. cit., p. 35.
- ³² Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 223: “*O ordenamento jurídico destina-se a reger as relações sociais entre indivíduos e grupos. As pessoas, às quais as regras jurídicas se destinam, chamam-se sujeitos de direito, que podem ser tanto uma pessoa natural ou física quanto uma pessoa jurídica, que é um ente coletivo*”.
- ³³ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 511: “*As normas de direito regulam comportamentos humanos dentro da sociedade. Isto é assim porque o homem, na vida social, está sempre em interação, influenciando a conduta de outrem, o que dá origem a relações sociais que, disciplinadas por normas jurídicas, transformam-se em relações de direito*”.
- ³⁴ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 214-215: “*O vínculo de atributividade é, por assim dizer, a concreção da norma jurídica no âmbito do relacionamento estabelecido entre duas pessoas. É o vínculo que confere a cada um dos participantes da relação o poder de pretender ou exigir algo determinado ou determinável. Quando alguém tem uma pretensão amparada por norma jurídica, diz-se que tem título para o status ou o ato pretendido, ou, por outras palavras, que está legitimado para exigir o seu direito ou praticar o ato*”.
- ³⁵ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 512.
- ³⁶ Cf. RODRIGUES, Silvio. Op. cit., p. 36.
- ³⁷ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica: sujeitos e objeto*. Coimbra: Almedina, 2003. v. 1, p. 2.
- ³⁸ REALE, Miguel. Op. cit., p. 223.
- ³⁹ Cf. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral das obrigações*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2, p. 5-6; GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12. ed. rev. e atual. por

Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 12-13.

⁴⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*, 1.^a parte. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 4, p. 157.

⁴¹ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 223: “O titular, ou seja, aquele a quem cabe o *dever a cumprir* ou o *poder de exigir*, ou ambos, é que se denomina sujeito de direito”. Cf. ainda DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 511.

⁴² Cf. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, cit., p. 86-87.

⁴³ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., v. 1, p. 63.

⁴⁴ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., v. 1, p. 62.

⁴⁵ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 226.

⁴⁶ Cf. Constituição Federal de 1988: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1.º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII – *proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.*”

⁴⁷ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 512.

⁴⁸ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 512.

⁴⁹ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 512. Registre-se que, de acordo com Miguel Reale: “Somente nos direitos reais, a relação tem como objeto imediato uma coisa (*res*)” (Op. cit., p. 216).

- ⁵⁰ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 218.
- ⁵¹ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 512.
- ⁵² Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 513.
- ⁵³ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 513; MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 27. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 523-525.
- ⁵⁴ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 220.
- ⁵⁵ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 536-537.
- ⁵⁶ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., v. 1, p. 61.
- ⁵⁷ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., v. 1, p. 62.
- ⁵⁸ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., v. 1, p. 62.
- ⁵⁹ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., v. 1, p. 62.
- ⁶⁰ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., v. 1, p. 62.
- ⁶¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. v. 1, p. 63.
- ⁶² Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., v. 1, p. 64.
- ⁶³ Cf. RODRIGUES, Silvio. Op. cit., p. 37.
- ⁶⁴ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 514.
- ⁶⁵ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 228.
- ⁶⁶ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., v. 1, p. 64: “Capacidade exprime poderes ou faculdades; personalidade é a resultante desses poderes; pessoa é o ente a que a ordem jurídica outorga esses poderes”.
- ⁶⁷ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 228.
- ⁶⁸ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., v. 1, p. 66.
- ⁶⁹ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., v. 1, p. 66.
- ⁷⁰ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., v. 1, p. 66-67.
- ⁷¹ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., v. 1, p. 67.
- ⁷² Cf. RODRIGUES, Silvio. Op. cit., p. 41.
- ⁷³ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., v. 1, p. 66.
- ⁷⁴ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., v. 1, p. 67.
- ⁷⁵ Cf. RODRIGUES, Silvio. Op. cit., p. 41-42.
- ⁷⁶ Cf. RODRIGUES, Silvio. Op. cit., p. 42-43.
- ⁷⁷ Cf. RODRIGUES, Silvio. Op. cit., p. 43.
- ⁷⁸ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., v. 1, p. 72: “Pródigo é aquele que desordenadamente dissipa seus haveres, reduzindo-se à miséria”.
- ⁷⁹ Cf. RODRIGUES, Silvio. Op. cit., p. 44.

- ⁸⁰ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., v. 1, p. 75-77.
- ⁸¹ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., v. 1, p. 62.
- ⁸² Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., v. 1, p. 65: “Se a criança nasceu com vida, tornou-se sujeito de direito, ainda que a ciência a condene à morte pela precariedade de sua conformação”.
- ⁸³ MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., v. 1, p. 64.
- ⁸⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., v. 1, p. 65.
- ⁸⁵ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., v. 1, p. 66: “o nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida”.
- ⁸⁶ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., v. 1, p. 96.
- ⁸⁷ BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit., p. 201.
- ⁸⁸ BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit., p. 212 e p. 244.
- ⁸⁹ BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit., p. 209: “Alcançam esses direitos, de outro lado, os nascituros, dentro da regra geral do Código Civil, que lhes reserva direitos desde a concepção [...]. Por fim, são eles plenamente compatíveis com pessoas jurídicas, pois, como entes dotados de personalidade pelo ordenamento positivo [...], fazem jus ao reconhecimento de atributos intrínsecos à sua essencialidade, como, por exemplo, os direitos ao nome, à marca, aos símbolos, à honra”.
- ⁹⁰ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., v. 1, p. 96.
- ⁹¹ Cf. RODRIGUES, Silvio. Op. cit., p. 38: “Comorientes são pessoas que falecem na mesma ocasião, sem que se possa determinar qual premorreu à outra”.
- ⁹² Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., v. 1, p. 126.
- ⁹³ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., v. 1, p. 126-127.
- ⁹⁴ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., v. 1, p. 127.
- ⁹⁵ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., v. 1, p. 130.
- ⁹⁶ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., v. 1, p. 130-131.
- ⁹⁷ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., v. 1, p. 131.
- ⁹⁸ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., v. 1, p. 131-132.
- ⁹⁹ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 232.
- ¹⁰⁰ Cf. RODRIGUES, Silvio. Op. cit., p. 66-67.
- ¹⁰¹ Cf. RODRIGUES, Silvio. Op. cit., p. 64.
- ¹⁰² Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., v. 1, p. 137: “A existência das fundações públicas não impede que a pessoa jurídica de direito público interno opte pela criação de fundação regida pelo direito privado, hipótese em que terá personalidade jurídica de direito privado, submetendo-se às normas da lei civil quanto à sua constituição, funcionamento e objetivos”.

¹⁰³ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., v. 1, p. 140-141.

¹⁰⁴ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., v. 1, p. 145.

¹⁰⁵ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 525.

¹⁰⁶ RODRIGUES, Silvio. Op. cit., p. 68. Cf. ainda GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. rev., atual. e aum. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 172: “Se duas ou mais pessoas põem em comum sua atividade ou seus recursos com o objetivo de partilhar o proveito resultante do empreendimento, constituem uma *sociedade*”.

¹⁰⁷ Cf. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, cit., p. 173.

¹⁰⁸ Cf. Código Civil de 2002:

“Art. 992. A constituição da sociedade em conta de participação independe de qualquer formalidade e pode provar-se por todos os meios de direito.

Art. 993. O contrato social produz efeito somente entre os sócios, e a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade.

Parágrafo único. Sem prejuízo do direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, o sócio participante não pode tomar parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros, sob pena de responder solidariamente com este pelas obrigações em que intervier.”

¹⁰⁹ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 525-526: “Mesmo que uma sociedade simples venha a praticar, eventualmente, atos empresariais, tal fato não a desnatura, pois o que importa para a identificação da natureza da sociedade é sua atividade principal”.

¹¹⁰ RODRIGUES, Silvio. Op. cit., p. 68.

¹¹¹ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 525.

¹¹² Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., v. 1, p. 156.

¹¹³ Código Civil de 2002: “Art. 1.150. O empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, o qual deverá obedecer às normas fixadas para aquele registro, se a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária”.

¹¹⁴ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 529.

¹¹⁵ Código Civil de 2002: “Art. 1.033. Dissolve-se a sociedade quando ocorrer: I – o vencimento do prazo de duração, salvo se, vencido este e sem oposição de sócio, não entrar a sociedade em liquidação, caso em que se prorrogará por tempo indeterminado; II – o consenso unânime dos sócios; III – a deliberação dos sócios, por maioria absoluta, na sociedade de prazo indeterminado; IV – a falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias; V – a extinção, na forma da lei, de autorização para funcionar.

Art. 1.034. A sociedade pode ser dissolvida judicialmente, a requerimento de qualquer dos sócios, quando: I – anulada a sua constituição; II – exaurido o fim social, ou verificada a

sua inexecuibilidade.

Art. 1.035. O contrato pode prever outras causas de dissolução, a serem verificadas judicialmente quando contestadas.”

IV

FONTES DO DIREITO

Sumário: 1. Fontes do Direito – 2. Lei – 3. Costumes – 4. Jurisprudência – 5. Negócio jurídico – 6. Princípios gerais de direito: 6.1 Brocardos jurídicos, cláusulas gerais, conceitos indeterminados – 7. Equidade – 8. Doutrina.

1. FONTES DO DIREITO

A expressão *fontes do Direito* apresenta sentidos diversos.

Há entendimento de que por fontes do Direito devem ser entendidos os “processos de produção de normas jurídicas”, destacando-se que tais processos “pressupõem sempre uma estrutura de poder”¹.

A gênese da norma jurídica, ou seja, a “nomogênese jurídica”, ocorre em razão de um centro de poder, o qual produz a norma jurídica tendo em vista um complexo de fatos e valores².

Nesse enfoque, as fontes de Direito correspondem às formas de poder, quais sejam: o processo legislativo; a jurisdição; os usos e costumes jurídicos, os quais exprimem o poder social; a fonte negocial ou da autonomia da vontade³.

Na teoria defendida por Kelsen, fonte do Direito significa o fundamento de validade da norma jurídica. Nesse sentido, o fundamento de validade de uma norma jurídica decorre de uma norma superior, válida⁴. Nessa concepção, a “norma hipotética fundamental” é o fundamento último de validade da ordem jurídica⁵.

É corrente, ainda, fazer-se menção às *fontes materiais do Direito*, diferenciando-as das *fontes formais do Direito*.

As fontes materiais do Direito são os motivos éticos, morais, históricos, sociológicos, econômicos, religiosos e políticos que deram origem à norma jurídica. Envolvem, assim, os fatores reais que condicionaram o aparecimento da norma jurídica⁶, as razões (econômicas, sociais, políticas etc.) que influenciaram a criação da norma de Direito⁷.

As fontes formais do Direito podem ser entendidas como os modos de manifestação das normas jurídicas⁸. Nessa perspectiva, as fontes formais do Direito são as formas de expressão do Direito, ou seja, os meios de exteriorização das normas jurídicas⁹.

As fontes formais podem ser classificadas em:

- fontes estatais, englobando as normas legais e jurisprudenciais;
- fontes não estatais, abrangendo o costume e os negócios jurídicos.

As fontes formais também podem ser assim classificadas:

- fontes nacionais, integrando a ordem jurídica nacional do Estado;
- fontes internacionais, referentes aos tratados e convenções internacionais.

2. LEI

O conjunto de leis forma a legislação. Nos países em que prevalece o Direito escrito e a Constituição é rígida, a lei representa a fonte formal de maior importância¹⁰, como é o caso do Brasil.

De acordo com o art. 5.º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, o que revela a importância desta no Estado de Direito, o qual evoluiu para o Estado Democrático de Direito, no qual todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição Federal (art. 1.º).

A lei resulta do processo legislativo, o qual é composto de fases por meio das quais a lei é produzida. Para ser válida, a lei deve emanar do “poder competente”¹¹. Embora o tema seja pertinente ao Direito Constitucional, registre-se que essas fases podem ser assim indicadas¹²:

- iniciativa: ato de apresentação de um projeto de lei (art. 61 da CF/1988);
- discussão sobre o projeto de lei, no âmbito do Poder Legislativo, podendo receber emendas modificativas ou substitutivas;
- deliberação ou votação, em que se aprova ou rejeita o projeto de lei;
- sanção: após a aprovação do projeto de lei, este é encaminhado à sanção ou veto do representante do Poder Executivo (art. 66 da CF/1988). A sanção significa a aquiescência (concordância) e o veto, a oposição ou recusa ao projeto de lei. Havendo veto, o projeto de lei retorna ao Legislativo, para apreciação (art. 66, §§ 4.º, 5.º e 6.º, da CF/1988);
- promulgação: ato pelo qual o representante do Poder Executivo atesta a existência da lei;
- publicação, com o objetivo de tornar pública e conhecida a nova lei.

O Brasil é uma República Federativa e sua organização político-administrativa compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Desse modo, as leis podem ser: federais, estaduais, distritais e municipais. Na realidade, não há hierarquia entre elas¹³, mas sim matérias de competência legislativa (a qual pode ser privativa e concorrente) dos entes políticos integrantes da República Federativa do Brasil (CF/1988, arts. 22, 24, 25, § 1.º, 30, 32, § 1.º).

Registre-se que no âmbito da competência legislativa concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal, a de titularidade da União limitar-se-á a estabelecer normas

gerais¹⁴. A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (art. 24, §§ 1.º, 2.º, 3.º e 4.º, da CF/1988).

Em termos técnicos e estritos, o termo lei indica apenas a norma jurídica produzida pelo Poder Legislativo, com a participação do Poder Executivo, de acordo com o processo legislativo previsto, abrangendo as leis ordinárias, as leis complementares e as leis delegadas.

As leis são preceitos (normas de conduta) normalmente de caráter geral, ou seja, voltam-se “a todos os membros da coletividade”¹⁵. No entanto, quanto às pessoas a quem se dirigem, as leis podem ser classificadas em gerais (por exemplo, o Código Civil), especiais (v.g., a Consolidação das Leis do Trabalho) e individuais (por exemplo, lei que conceda pensão a determinada pessoa).

No enfoque acima, mais estrito, as leis não se confundem com a Constituição e com as emendas constitucionais.

A *Constituição* é a norma jurídica superior, sendo o fundamento de validade das demais normas de Direito. Ela é produzida pelo poder constituinte originário. As leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas e as medidas provisórias são hierarquicamente inferiores, devendo, por isso, ser produzidas de acordo com os procedimentos previstos (processo legislativo), bem como ter o seu conteúdo em consonância com a Constituição. Ou seja, para ser válida, a lei deve ser constitucional no aspecto formal e material.

As emendas constitucionais, por sua vez, alteram a Constituição (art. 60 da CF/1988), sendo produzidas pelo poder constituinte derivado, o qual deve respeitar certos limites estabelecidos pelo poder constituinte originário (art. 60, § 4.º, da CF/1988).

O termo lei também pode ser entendido em sentido mais amplo, abrangendo as seguintes modalidades de atos normativos (estatais), conforme a previsão do art. 59 da Constituição Federal de 1988:

- ***leis complementares***: modalidade legislativa reservada a certas matérias, conforme previsão na Constituição Federal, apresentando *quorum* diferenciado para a aprovação (art. 69 da CF/1988: “As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta”).

Há entendimento de que as leis complementares têm hierarquia superior às leis

ordinárias. Para outra corrente, não há hierarquia entre essas modalidades de atos legislativos, mas sim matérias específicas reservadas à lei complementar, como ocorre na previsão do art. 146, inciso III, da CF/1988, sobre Direito Tributário.

- **leis ordinárias**, decorrentes de projetos de leis aprovados pelo Poder Legislativo, com a sanção do Poder Executivo.
- **leis delegadas**, de mesma hierarquia das leis ordinárias, mas com a particularidade de serem elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional (art. 68 da CF/1988). A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício. Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda.

É da competência exclusiva do Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (art. 49 da CF/1988).

- **medidas provisórias**, as quais podem ser adotadas pelo Presidente da República, com força de lei, em caso de relevância e urgência, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional (art. 62 da CF/1988).

Por terem força de lei, as medidas provisórias se situam na mesma posição hierárquica das leis ordinárias.

É vedada a edição de medidas provisórias sobre as matérias arroladas no § 1.º do art. 62 da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional 32/2001.

Em regra, as medidas provisórias perdem eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável uma vez por igual período. Esse prazo se conta da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.

- **decretos legislativos**, os quais são atos legislativos aprovados pelo Congresso Nacional, sobre matérias de sua exclusiva competência, como resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (art. 49 da CF/1988). Diferentemente das leis ordinárias, os decretos legislativos são promulgados pelo presidente do Senado Federal, após o que são publicados¹⁶.

- *resoluções*, que podem ser do Congresso Nacional e do Senado Federal, tratando de matérias próprias. Vejamos alguns exemplos a seguir.

Na elaboração das leis delegadas, a delegação ao Presidente da República terá a forma de *resolução do Congresso Nacional*, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício (art. 68, § 2.º, da CF/1988).

No que se refere ao imposto de operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação: *resolução do Senado Federal*, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação (art. 155, § 2.º, inciso IV, da CF/1988); é facultado ao Senado Federal estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas, mediante *resolução* de iniciativa de um terço e aprovada pela maioria absoluta de seus membros (art. 155, § 2.º, inciso V, *a*, da CF/1988).

Compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, inciso X, da CF/1988), em controle difuso de constitucionalidade, o que é feito por meio de *resolução do Senado*¹⁷.

Além dos atos legislativos acima estudados, cabe destacar a existência de atos normativos secundários, também aprovados pelo Estado, situados em hierarquia inferior.

Nesse sentido são os *decretos e regulamentos* do Poder Executivo, os quais são aprovados para fins de especificar e regulamentar a lei, sem ampliar ou reduzir o comando legal¹⁸.

Sobre o tema, de acordo com o art. 84, inciso VI, da Constituição Federal, compete privativamente ao Presidente da República dispor, mediante *decreto*, sobre: organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

Ainda situados como atos normativos secundários, podem ser destacadas: *portarias, instruções normativas, circulares e ordens de serviços*. Referidos atos administrativos não podem servir para legislar, mas apenas como forma de ordenação e organização interna, no âmbito da Administração Pública.

3. COSTUMES

Os costumes constituíam forma de expressão do Direito de grande destaque em antigas épocas. Mesmo na atualidade, há países em que o costume exerce papel de relevância, como na Inglaterra¹⁹.

No Direito moderno, os costumes foram perdendo força para o Direito legislado, embora ainda se mantenham existentes²⁰. Eles também apresentam grande importância em certos ramos do Direito, como ocorre no Direito Internacional Público, com destaque para os costumes internacionais²¹.

Algumas teorias procuraram explicar o fundamento da obrigatoriedade dos costumes, a seguir mencionadas²².

De acordo com a “teoria da vontade popular”, a obrigatoriedade do costume decorre da vontade tácita ou presumida do povo. Como crítica a essa teoria, destaca-se que há costumes em vigor, mas que são ignorados pelo povo.

Para a “teoria da convicção jurídica”, defendida por Savigny, o costume decorre de dois elementos: elemento de natureza objetiva e externa, qual seja, o uso, significando a prática uniforme e reiterada de certos atos; elemento subjetivo e interno, sendo a convicção jurídica, ou seja, a certeza da imprescindibilidade de se observar a referida prática.

A “teoria da razoabilidade judicial”, sustentada por Planiol, é no sentido de que a obrigatoriedade do costume decorre das decisões judiciais.

Na realidade, o costume jurídico é formado por dois elementos necessários, entre os quais há interação²³:

- o uso, ou seja, a prática uniforme, com constante repetição (reiteração) de certos comportamentos;
- a convicção de que esse comportamento corresponde a uma necessidade jurídica e social.

Além disso, o costume precisa ser de acordo com a ideia de justiça e com a boa razão²⁴.

Como se nota, o costume é a norma jurídica que resulta da prática uniforme, geral e reiterada de certo comportamento, com a convicção de que corresponde a uma necessidade jurídica e social.

Embora o costume normalmente não seja escrito, existe o Direito costumeiro escrito, como ocorre quando é consolidado e publicado por iniciativa de órgãos administrativos, como já realizado pela Junta Comercial de São Paulo²⁵.

Os costumes podem ser de três espécies²⁶:

- costume *secundum legem*: é aquele que está previsto na lei, a qual reconhece a sua

força obrigatória.

Por exemplo, na prestação de serviços, regulada pelo Código Civil, não se tendo estipulado, nem chegado a acordo as partes, fixar-se-á por arbitramento a retribuição, segundo o costume do lugar, o tempo de serviço e sua qualidade (art. 596). A retribuição deve ser paga depois de prestado o serviço, se, por convenção, ou costume, não houver de ser adiantada, ou paga em prestações (art. 597).

- costume *praeter legem*: reveste-se de caráter supletivo, podendo ser utilizado quando a lei for omissa. Ou seja, serve para a integração de lacunas, conforme dispõe o art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942): “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Destaque-se ainda a previsão do art. 126 do Código de Processo Civil de 1973 (art. 140 do novo CPC), no sentido de que o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

- costume *contra legem*: é aquele que dispõe em sentido contrário ao previsto na lei.

No entanto, prevalece o entendimento de que se existe lei em vigor prescrevendo em sentido contrário ao costume, este não tem como ser aplicado²⁷. Nesse enfoque, não é admissível a aplicação de costume *contra legem*.

Tendo em vista que a norma costumeira é formada ao longo do tempo, discute-se a respeito da necessidade de sua prova por aquele que o alega. De acordo com o art. 337 do Código de Processo Civil de 1973 (art. 373 do novo CPC), a parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou *consuetudinário*, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar. Desse modo, somente há o ônus de provar o Direito costumeiro se assim o determinar o juiz; caso este conheça a norma jurídica costumeira, fica autorizado a aplicá-la.

4. JURISPRUDÊNCIA

Nos ordenamentos jurídicos da tradição romano-germânica, o Direito legislado e o processo legislativo prevalecem como fontes do Direito.

Já nos ordenamentos jurídicos da tradição anglo-americana (*common law*), os usos e costumes e a jurisprudência exercem papel de maior relevância na realidade do Direito, com

destaque aos precedentes judiciais, ou seja, decisões proferidas pelos tribunais, podendo levar em conta usos e costumes prévios²⁸. Ainda assim, deve-se lembrar que mesmo nos países que integram o regime de *common law*, a influência do processo legislativo vem cada vez mais aumentando na atualidade²⁹.

A jurisprudência pode ser entendida como o conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, proferidas para a solução judicial de conflitos, envolvendo casos semelhantes³⁰.

Nesse sentido, jurisprudência é “a forma de revelação do Direito” resultante do exercício da jurisdição, decorrente de uma “sucessão harmônica de decisões dos tribunais”³¹.

Há corrente de entendimento que, embora reconheça a importância da jurisprudência na formação do Direito, interpretando e aplicando as normas jurídicas, defende que ela não se inclui entre as fontes do Direito. Os fundamentos para essa exclusão decorrem de que ao juiz cabe julgar de acordo com a lei, bem como do fato de que a decisão judicial produz efeitos unicamente entre as partes. Nesse enfoque, a jurisprudência é vista como não tendo o poder de criar o Direito³².

Há entendimento que considera a atividade jurisprudencial como fonte do Direito consuetudinário, uma vez que a uniformização de entendimento, decorrente das decisões judiciais, positiva o “costume judiciário”³³. Nessa linha de pensamento, o costume judiciário se diferencia do costume popular, pois este decorre da consciência comum do povo, originando-se de forma espontânea e natural, enquanto o costume judiciário tem origem nas decisões proferidas por juízes e tribunais³⁴.

Entende-se que a jurisprudência frequentemente inova em matéria jurídica, estabelecendo normas que se diferenciam daquelas estritamente presentes nas leis, ao interpretar e aplicar diferentes preceitos normativos de forma lógica e sistemática³⁵. Essa função normativa da jurisprudência é mais acentuada nos casos de lacuna, ou seja, omissão de lei expressa para o caso específico, bem como quando a lei autoriza o juiz a decidir por equidade (art. 127 do Código de Processo Civil de 1973 e art. 140, parágrafo único, do novo CPC). O Direito criado pela jurisprudência tem a sua obrigatoriedade restrita ao caso em que proferida a decisão. Mesmo assim, a jurisprudência exerce o importante papel de atualizar as disposições legais, tornando-as compatíveis com a evolução social³⁶.

Além disso, pode-se considerar a decisão judicial como norma jurídica individual, incidente em certa situação concreta. Mesmo sendo uma norma jurídica individual, aplicada para o caso em particular, integra o ordenamento jurídico, juntamente com as normas gerais. Nesse sentido, de acordo com Kelsen, a decisão judicial é uma norma jurídica individual, ou seja, uma individualização da norma geral aplicada pelo juiz no caso litigioso que deve solucionar³⁷.

Deve-se destacar, ainda, a função criadora da jurisprudência, desenvolvida pela interpretação, integração e correção das leis, reajustando a ordem jurídica em consonância com a evolução dos fatos e valores no decorrer do tempo³⁸.

A jurisprudência deve ter certa *estabilidade*, evitando mudanças bruscas, repentinas, injustificadas, para que seja respeitada a segurança jurídica. Isso não significa, entretanto, a completa estagnação e a impossibilidade de evolução do entendimento jurisprudencial, o qual deve acompanhar a evolução social e jurídica. Exige-se da jurisprudência a *integridade*, de modo que as decisões dos juízes e tribunais estejam em consonância com o sistema jurídico, constituído, de forma harmônica, de regras e princípios, no qual merecem destaque os preceitos constitucionais. A jurisprudência, ainda, deve atender à necessidade de *coerência*. Nesse sentido, questões iguais devem ser tratadas e decididas com isonomia substancial, aplicando-se a mesma tese aos casos que envolvam idêntica questão jurídica, como forma de concretização da justiça.

Registre-se que os tribunais aprovam súmulas, enunciando de forma resumida o entendimento já firmado sobre certas matérias, após terem sido objeto de decisões reiteradas no mesmo sentido. As súmulas proporcionam maior estabilidade à jurisprudência, constituindo forma de expressão jurídica³⁹.

Ainda sobre o tema, digno de nota são as *súmulas vinculantes* do Supremo Tribunal Federal, previstas no art. 103-A da Constituição Federal (acrescentado pela Emenda Constitucional 45/2004), matéria esta regulamentada pela Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006. No caso das súmulas vinculantes, além de normalmente se apresentarem sob a forma de disposições genéricas e abstratas, expressam caráter nitidamente obrigatório.

Especificamente quanto às relações coletivas de trabalho, reguladas pelo Direito (Coletivo) do Trabalho, não tendo sido possível a solução do conflito por meio de negociação coletiva, e sendo recusada a arbitragem pelas partes, o conflito coletivo de trabalho pode ser objeto do chamado dissídio coletivo, instaurado perante a Justiça do Trabalho (art. 114, § 2.º, da Constituição Federal). Neste caso, cabe à decisão proferida (sentença normativa) pôr fim ao conflito coletivo, estabelecendo normas e condições de trabalho, por meio do exercício do poder normativo pela Justiça do Trabalho. Trata-se de caso em que a decisão judicial também revela a sua natureza normativa e obrigatória.

5. NEGÓCIO JURÍDICO

O poder negocial é aquele por meio do qual são gerados negócios jurídicos.

Discute-se a respeito da inclusão do negócio jurídico entre as fontes formais do Direito.

A teoria clássica, mais tradicional, não inclui o negócio jurídico entre as fontes jurídicas, destacando ser restrito ao caso em concreto, não tendo, assim, caráter abstrato.

No entanto, na realidade, o Direito não se restringe às normas genéricas e abstratas, mas dele também fazem parte normas particulares e individualizadas⁴⁰.

As normas particulares, ligando as partes da relação jurídica, são normas negociais, com destaque para as normas contratuais. Como já estudado, a pessoa, como sujeito de direitos, é capaz de direitos e deveres, podendo estipular negócios jurídicos para alcançar fins lícitos, mediante o acordo de vontades, ou seja, por meio do exercício da autonomia da vontade, o qual é visto como o poder negocial⁴¹. O fato de ser um poder sujeito aos limites autorizados pela lei não afasta a sua natureza de fonte do Direito, pois, da mesma forma, a lei também deve estar em harmonia com a Constituição.

O negócio jurídico, assim, é ato da autonomia privada, por meio do qual o particular regula seus próprios interesses. Trata-se, portanto, de “autorregulamentação dos interesses particulares reconhecida pelo ordenamento jurídico”⁴².

Nesse enfoque, deve-se reconhecer o pluralismo das fontes normativas, no sentido de que o Estado não é o único ente que cria normas jurídicas. Além do poder estatal, os grupos sociais também são titulares de poder normativo, por meio do qual criam normas jurídicas que regulam os seus interesses, normas estas que integram o ordenamento jurídico⁴³. Pode-se destacar, por exemplo, as normas coletivas de trabalho, decorrentes da negociação coletiva, firmadas por entes sindicais.

Para a correta compreensão do negócio jurídico no plano dos fatos e atos jurídicos, cabe recordar que os fatos jurídicos são acontecimentos por meio dos quais se originam, subsistem e se extinguem as relações jurídicas⁴⁴ (ou seja, relações sociais, entre pessoas, regidas pelo Direito).

Os fatos jurídicos em sentido amplo, assim, são acontecimentos em virtude dos quais ocorre a aquisição, modificação ou extinção de direitos⁴⁵.

Os fatos jurídicos *lato sensu* podem ser assim classificados⁴⁶:

- fato jurídico em sentido estrito: acontecimento independente da vontade humana, como eventos da natureza;
- ato jurídico em sentido estrito: ato voluntário que produz os efeitos já previamente estabelecidos pela norma jurídica (sem intuito negocial, ou seja, os efeitos produzidos independem da vontade, pois eles decorrem da lei; por exemplo, alguém que transfere a residência com intenção de se mudar, decorrendo da lei a consequente mudança do domicílio, conforme art. 74 do Código Civil⁴⁷);

- negócio jurídico: ato de vontade, manifestada (declarada) pela pessoa, que tenha como objetivo produzir os efeitos pretendidos pelo sujeito, o qual pratica o ato justamente para obter o resultado desejado;
- ato ilícito: ato humano, mas que viola o Direito, ou seja, afronta disposições da ordem jurídica.

Assim sendo, *negócio jurídico* é modalidade de ato jurídico pelo qual uma ou mais pessoas, em razão da declaração de vontade, instauram uma relação jurídica, com o fim de obter o resultado ou efeito pretendido, nos limites consentidos pela ordem jurídica⁴⁸.

De acordo com o art. 104 do Código Civil de 2002, a validade do negócio jurídico requer:

- agente capaz;
- objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
- forma prescrita ou não defesa em lei.

A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir (art. 107 do Código Civil).

De acordo com Antônio Junqueira de Azevedo, o negócio jurídico, em termos estruturais, pode ser definido:

- como categoria, ou seja, como fato *abstrato*: negócio jurídico “é a hipótese de fato jurídico (às vezes dita ‘suporte fático’), que consiste em uma manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias (*as circunstâncias negociais*) que fazem com que *socialmente* essa manifestação seja vista como dirigida à produção de efeitos jurídicos”. O negócio jurídico, como categoria, é, assim, “a hipótese normativa consistente em *declaração de vontade*” (entendida como “manifestação de vontade que, pelas suas circunstâncias, é vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos”);
- como fato jurídico *concreto*: “negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide”⁴⁹.

6. PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO

Os princípios são “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento. Podem ser de três modalidades⁵⁰:

- ***princípios omnivalentes***: válidos para todas as formas de saber;
- ***princípios plurivalentes***: aplicáveis em diversos campos de conhecimento;
- ***princípios monovalentes***: válidos apenas em determinada ciência, como é o caso dos princípios gerais de direito.

O próprio Direito positivo reconhece a existência dos princípios gerais de direito. De acordo com o art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, quando a lei for omissa, o juiz deve decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Aliás, a função dos princípios gerais de direito não se restringe à integração de lacunas da lei.

Como define Miguel Reale, “princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas”⁵¹.

Há princípios gerais de direito expressamente previstos na Constituição e na lei, como ocorre com o princípio constitucional da igualdade, enquanto outros estão implícitos no ordenamento jurídico.

Quanto à amplitude, há princípios gerais referentes a certos ramos do Direito em específico.

Logo, trata-se de preceitos essenciais, que fundamentam o Direito ou certos ramos do Direito. Como exemplos, podem ser citados os princípios da autonomia da vontade e da função social da propriedade.

Os princípios gerais de direito também podem ser aplicados pelo juiz, na atividade jurisdicional, ao decidir o caso em concreto⁵².

Os mencionados princípios exercem a relevante função de orientar a interpretação e a aplicação das regras jurídicas.

Há corrente de entendimento no sentido de que os princípios gerais de direito decorrem do Direito natural, sendo, assim, inerentes aos seres humanos, superiores e válidos por si, ou seja, independentemente de positivação pelo legislador, tendo em vista o ideal de justiça.

No entanto, entende-se que os princípios gerais de direito integram o próprio ordenamento jurídico, estando nele presentes de forma explícita ou implícita.

Nesse enfoque, os princípios gerais de direito apresentam natureza normativa. As normas jurídicas, como gênero, podem ser de duas espécies, quais sejam: regras e princípios⁵³. De

acordo com Boulanger, enquanto a regra jurídica rege certos atos ou fatos, os princípios comportam uma série indefinida de aplicações⁵⁴. Há entendimento de que os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade, enquanto as regras apresentam grau de generalidade mais baixo.

Conforme Robert Alexy, tanto as regras como os princípios são normas, uma vez que dizem o que deve ser, ou seja, ambos podem ser formulados como mandamentos, permissões ou proibições. Ainda de acordo com Alexy, os princípios são “mandamentos de otimização”, sendo normas que podem ser satisfeitas em distintos graus, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas. As regras, por sua vez, são normas que podem sempre ser cumpridas ou não, de modo que se uma regra é válida, deve-se fazer exatamente o que ela determina. Além disso, o conflito entre regras é resolvido somente se uma cláusula de exceção for introduzida em uma delas, ou se uma das regras for declarada inválida. Na solução de colisão de princípios (por exemplo, quando um princípio proíbe algo, o que é permitido por outro), um dos princípios deve ceder, mas isso não significa que ele seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção seja nele introduzida. Desse modo, os princípios apresentam “peso” distinto nos casos concretos, de modo que prevalece em cada hipótese aquele de maior peso em cada situação concreta⁵⁵.

Ainda na linha de que os princípios são normas jurídicas, Ronald Dworkin esclarece que as regras são aplicáveis “à maneira de tudo ou nada”: se ocorrerem os fatos estipulados na regra válida ela deve ser aplicada; se isso não ocorrer, a regra não contribui em nada para a decisão. Diferentemente, os princípios possuem a “dimensão de peso, ou importância ou valor”. Desse modo, se um princípio, aplicável a certo caso, não prevalecer, isso não obsta que, em outras circunstâncias, o mesmo princípio seja utilizado⁵⁶.

Confirma-se, assim, que os princípios apresentam natureza normativa, não se tratando de meros enunciados formais. Isso é demonstrado quando se constata que dos princípios são extraídas outras normas, significando que aqueles têm a mesma natureza. Além disso, os princípios também exercem certa função reguladora das relações sociais, como ocorre com as demais normas jurídicas⁵⁷.

5.1 Brocardos jurídicos, cláusulas gerais, conceitos indeterminados

Os *brocardos jurídicos* se consubstanciam em ideias ou máximas que sintetizam orientações ou ensinamentos a respeito de certas matérias. Alguns deles apresentam valor prático, quando utilizados com o devido cuidado, podendo-se destacar como exemplos: “*Excepciones sunt strictissimae interpretationis*” (as exceções são de interpretação estrita); “*Ad impossibilia nemo tenetur*” (ninguém está obrigado ao impossível). Há, assim, brocardos

jurídicos que exprimem princípios gerais de direito. Outros brocardos, no entanto, não mais traduzem ideias corretas ou adequadas, como é o caso das máximas: “*Interpretatio cessat in claris*” (dispensa-se a interpretação quando o texto é claro) e “*Testis unus, testis nullus*” (uma testemunha não faz prova)⁵⁸.

As *cláusulas gerais*, por sua vez, são normas que orientam, estabelecendo diretrizes a serem adotadas especialmente pelo julgador, apresentando caráter nitidamente geral e abstrato, de modo a atribuir maior liberdade ao juiz, ao preencher o seu conteúdo em conformidade com valores e princípios adotados pelo ordenamento jurídico, permitindo a constante atualização do Direito, em sintonia com a evolução social⁵⁹. Como exemplo, pode-se fazer menção à “função social do contrato”, conforme previsão no art. 421 do Código Civil de 2002.

Os *conceitos jurídicos indeterminados* são expressões ou vocábulos presentes na norma jurídica, tendo o seu conteúdo e alcance impreciso, genérico e vago. Por exemplo, podem ser indicadas expressões como “bem comum” e “interesse público”. Desse modo, cabe ao aplicador da norma, especialmente ao juiz, interpretar a disposição de forma a conferir justiça na sua aplicação, ao definir o alcance mais adequado ao caso concreto⁶⁰.

7. EQUIDADE

A equidade é normalmente entendida como a “justiça do caso concreto”. Por meio dela, o juiz suaviza o rigor da norma jurídica abstrata, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto. É conhecida no Direito Romano a célebre frase de Cícero: “*summum jus, summa injuria*”⁶¹.

Para Aristóteles, a equidade é uma forma de justiça, ou seja, aquela aplicada ao caso concreto e ajustada às suas particularidades⁶².

Na realidade, a equidade pode ter aplicação sob formas distintas, apresentando funções diversas⁶³.

A primeira é quando a lei autoriza que o juiz decida por equidade. Nesse caso, pode-se entender que a equidade figura como fonte do Direito.⁶⁴ De acordo com o art. 127 do Código de Processo Civil de 1973 (art. 140, parágrafo único, do novo CPC), o juiz só pode decidir por equidade nos casos previstos em lei.

A Lei 9.307/1996, sobre arbitragem, dispõe que esta pode ser “de direito ou de equidade” (art. 2.º), podendo o compromisso arbitral conter “a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes” (art. 11, inciso II).

A Consolidação das Leis do Trabalho, no art. 8.º, por sua vez, também autoriza o uso da equidade na falta de disposições legais ou contratuais⁶⁵.

Aliás, registre-se que a equidade também exerce função integrativa, podendo ser aplicada na omissão de lei que regule o caso em concreto. A equidade, assim, é vista como elemento de integração, suprindo lacunas do Direito⁶⁶.

Nesse sentido, ausente lei que regule certa situação, esgotados ou insuficientes os meios de integração previstos no art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil (analogia, costumes, princípios gerais de direito), a equidade pode ser utilizada para regular o caso concreto⁶⁷.

Uma outra função da equidade, já mencionada inicialmente, é no sentido de sua aplicação para amenizar o rigor da lei, ajustando-a às peculiaridades do caso concreto. Nesse enfoque, a equidade se consubstancia em critério de aplicação da lei⁶⁸.

8. DOUTRINA

A doutrina é formada pelos ensinamentos e estudos dos juristas, professores e estudiosos do Direito, apresentando-se por meio de escritos em tratados, compêndios, manuais, monografias, teses e comentários⁶⁹. As obras da doutrina são dotadas de importância, ao procurar mostrar a interpretação do Direito, o que pode ser útil ao julgador e mesmo influenciar o legislador⁷⁰.

No Direito Romano, o Imperador Teodósio II constituiu o chamado “Tribunal dos Mortos”, tornando vinculativas as opiniões dos jurisconsultos Papiniano, Gaio, Ulpiano e Modestino⁷¹.

Há entendimento que inclui a doutrina, assim como a jurisprudência, entre as fontes indiretas do Direito⁷².

Uma outra corrente destaca ser a doutrina decorrente de atividade científica, defendendo ser ela uma “fonte de direito costumeiro”. Nesse pensamento, a doutrina poderia ser considerada como forma de expressão do Direito consuetudinário, resultante da prática reiterada dos juristas sobre certos temas. A doutrina, ainda, exerce influência na legislação e inspira os juízes e tribunais, exercendo importante papel na produção de normas jurídicas individuais. Além disso, o art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil prevê o recurso aos princípios gerais de direito, sabendo-se que muitos deles “são de formação doutrinária”⁷³.

No entanto, pode-se entender que a doutrina não é fonte formal do Direito na atualidade, pois não apresenta força obrigatória. Mesmo assim, reconhece-se a sua importância e “autoridade moral”, decorrente da força persuasiva de seus argumentos. Além disso, os doutrinadores elaboram noções, conceitos, classificações, teorias e sistemas, de relevância na

compreensão e no estudo do Direito⁷⁴. A doutrina, assim, exerce função de relevância na elaboração, reforma e aplicação do Direito, influenciando a legislação e a jurisprudência, bem como o ensino ministrado nos cursos jurídicos⁷⁵.

Como observa Miguel Reale, a doutrina não se desenvolve em uma “estrutura de poder”, não produzindo normas jurídicas ou preceitos prescritivos que vinculem os comportamentos. Apesar disso, a relevância da doutrina está em produzir “modelos dogmáticos”, ou seja, “esquemas teóricos”, realizando trabalhos científicos de estudo, explicação e análise do Direito. A Ciência do Direito é considerada uma ciência dogmática (Dogmática Jurídica), uma vez que a doutrina jurídica se desenvolve a partir das normas vigentes (normas postas ou estabelecidas pela autoridade competente), isto é, do Direito positivo. A doutrina, ao produzir a Ciência do Direito, não estabelece normas jurídicas, mas explica e estuda o significado e o alcance dos preceitos estabelecidos pelas fontes formais do Direito⁷⁶.

-
- ¹ Cf. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 139.
- ² Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 141.
- ³ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 141.
- ⁴ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1976. p. 323.
- ⁵ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 283-284.
- ⁶ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 283.
- ⁷ Cf. KÜMPEL, Vitor Frederico. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Método, 2007. p. 59.
- ⁸ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 285.
- ⁹ Cf. KÜMPEL, Vitor Frederico. Op. cit., p. 59.
- ¹⁰ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 288.
- ¹¹ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 40. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1, p. 13.
- ¹² Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 294-295.
- ¹³ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 290: “Como o Brasil é uma República Federativa e ante o princípio da autonomia dos Estados e Municípios, não há qualquer supremacia da lei ordinária federal relativamente à estadual e municipal”.
- ¹⁴ De acordo com Eduardo Marcial Ferreira Jardim: “o condão de estatuir normas gerais compete à União, não como pessoa constitucional, mas como legislador do Estado brasileiro, que, nesse caso, institui lei de cunho nacional e não federal” (*Manual de direito financeiro e tributário*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 19).
- Cf. ainda OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de direito financeiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 25-26: “não se pode esquecer da existência de leis *nacionais*, ou seja, as que, expedidas pelo Congresso Nacional, valem para todo território nacional, alcançando todas as pessoas que nele estejam e que são de cumprimento obrigatório pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios (caso do Código Civil, Código de Processo Civil, por exemplo). Ao lado delas existem leis *federais*. Editadas pela mesma Casa de Leis, apenas alcançam as pessoas vinculadas à União, sem vínculo, portanto, para as demais entidades federadas. O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, por exemplo, é federal, ou seja, tem seu âmbito de incidência limitado àqueles que mantêm vínculo funcional estatutário com a União. Não alcança qualquer outro servidor público”.
- ¹⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 13.

- ¹⁶ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 292.
- ¹⁷ Cf. LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 10. ed. São Paulo: Método, 2006. p. 112.
- ¹⁸ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 293.
- ¹⁹ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 18.
- ²⁰ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 19.
- ²¹ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 160.
- ²² Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 19.
- ²³ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 313-314.
- ²⁴ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 315.
- ²⁵ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 157.
- ²⁶ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 316-317.
- ²⁷ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 19.
- ²⁸ REALE, Miguel. Op. cit., p. 141-142.
- ²⁹ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 288.
- ³⁰ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 295.
- ³¹ REALE, Miguel. Op. cit., p. 167.
- ³² Cf. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. rev., atual. e aum. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 43.
- ³³ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 297.
- ³⁴ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 299.
- ³⁵ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 168.
- ³⁶ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 170-171.
- ³⁷ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 305-306; KELSEN, Hans. Op. cit., p. 328: “os tribunais aplicam as normas jurídicas gerais ao estabelecerem normas individuais, determinadas, quanto ao seu conteúdo, pelas normas jurídicas gerais, e nas quais é estatuída uma sanção concreta: uma execução civil ou uma pena”.
- ³⁸ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 308.
- ³⁹ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 300.
- ⁴⁰ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 178.
- ⁴¹ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 179.
- ⁴² DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 332.
- ⁴³ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 333-334.
- ⁴⁴ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 201.
- ⁴⁵ RODRIGUES, Silvio. Op. cit., p. 159.

- ⁴⁶ RODRIGUES, Silvio. Op. cit., p. 161-163; DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 513; MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 201-202 e p. 213-214.
- ⁴⁷ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 202.
- ⁴⁸ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 220.
- ⁴⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 16.
- ⁵⁰ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 299-300.
- ⁵¹ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 300.
- ⁵² Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 302.
- ⁵³ Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 76: “um sistema ou ordenamento jurídico não será jamais integrado exclusivamente por regras. Nele se compõem, também, os princípios jurídicos ou princípios de direito”. Idem, ibidem, p. 112: “norma jurídica é *gênero* que alberga, como *espécies*, regras e princípios jurídicos”.
- ⁵⁴ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 267.
- ⁵⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87-94. Cf. ainda BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 277-280.
- ⁵⁶ Cf. BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 281-282.
- ⁵⁷ Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, revisão técnica Claudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 158-159.
- ⁵⁸ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 314-315.
- ⁵⁹ Cf. KÜMPEL, Vitor Frederico. Op. cit., p. 99.
- ⁶⁰ Cf. KÜMPEL, Vitor Frederico. Op. cit., p. 100.
- ⁶¹ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 44-45.
Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil*. 21. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1, p. 76: “Equiparada ou aproximada ao conceito de justiça ideal, a equidade impede que o rigor dos preceitos se converta em atentado ao próprio direito, contra o que Cícero já se insurgia ao proclamar: “*summum ius, summa iniuria*”.
- ⁶² Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 123.
- ⁶³ Cf. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 172-173: “Essa figura jurídica [equidade] tem sido compreendida segundo duas concepções relativamente distintas na História do Direito, originárias ambas da antiguidade clássica. De acordo com a primeira de tais concepções (de matriz grega, em especial fundada na teorização de *Aristóteles*), equidade (*epiqueia*) traduz a retificação

das disposições da lei, corrigindo as injustiças do comando abstrato perante a situação fática concreta. [...] De acordo com a segunda das concepções (de matriz romana), a equidade (*aequitas*) aproxima-se de um processo de criação de regras jurídicas, assumindo, portanto, caráter de fonte normativa”.

⁶⁴ Cf. GOMES, Orlando. Op. cit., p. 46.

⁶⁵ “Art. 8.º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

⁶⁶ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 294.

⁶⁷ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 478-479.

⁶⁸ Cf. GOMES, Orlando. Op. cit., p. 46.

⁶⁹ Cf. GOMES, Orlando. Op. cit., p. 44.

⁷⁰ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 20.

⁷¹ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 20.

⁷² Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 20.

⁷³ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 323-324.

⁷⁴ Cf. GOMES, Orlando. Op. cit., p. 44.

⁷⁵ Cf. GOMES, Orlando. Op. cit., p. 44.

⁷⁶ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 176-178.



DIREITO E NORMA JURÍDICA

Sumário: 1. Norma jurídica: conceito – 2. Funções – 3. Estrutura.

1. NORMA JURÍDICA: CONCEITO

O Direito estabelece a regulação das relações sociais, determinando normas de conduta e de organização social.

A norma jurídica, assim, é elemento integrante do Direito, podendo ser entendida como disposição que rege a vida em sociedade¹.

A norma é jurídica se for assim declarada por um poder organizado².

Cabe lembrar, ainda, que a norma jurídica está no universo da “cultura”, entendido como aquele construído pelo homem em razão de um sistema de valores. A norma jurídica é um “veículo de realização de determinado valor”, procurando realizar a justiça, a qual é o valor jurídico fundamental³.

Ademais, as normas jurídicas podem ter conteúdos variáveis, conforme épocas, lugares e povos⁴.

É corrente o entendimento de que a norma *jurídica* é uma norma de conduta, tendo como fim regular o comportamento das pessoas e grupos, *prescrevendo* como cada um deve conduzir-se. A norma jurídica, assim, dirige o comportamento humano e é *imperativa* (impõe dever)⁵. Por isso, situa-se no âmbito das normas éticas, como comando voltado à conduta das pessoas em sociedade, conforme valores a serem preservados⁶. A diferença essencial entre a norma ética (prescreve um dever ser) e a lei física ou da natureza (lei do “ser”, ou seja, do que é) é a imperatividade⁷. Por sua vez, o que diferencia a norma jurídica das outras espécies de normas éticas (como as normas morais) é o “autorizamento”. Este elemento é apontado como a essência específica na norma de Direito, a qual “autoriza que o lesado pela sua violação exija o seu cumprimento ou a reparação do mal causado”⁸.

Nesse enfoque, a norma jurídica pode ser conceituada como *imperativo autorizante*⁹.

Como explica Maria Helena Diniz: “A norma jurídica é imperativa porque prescreve as condutas devidas e os comportamentos proibidos e, por outro lado, é autorizante, uma vez que permite ao lesado pela sua violação exigir o seu cumprimento, a reparação do dano causado ou ainda a reposição das coisas ao estado anterior”¹⁰.

Existe ainda uma importante classificação das normas jurídicas, feita por parte da doutrina, segundo a qual elas podem ser: *normas de conduta*, as quais têm como fim disciplinar comportamentos e atividades das pessoas e dos grupos na sociedade; *normas de organização*, de natureza instrumental, tendo como objetivo estabelecer a estrutura e o funcionamento de órgãos, bem como disciplinar processos e procedimentos de aplicação de outras normas jurídicas¹¹.

A norma jurídica pode ser expressa por meio de *proposição* que enuncia uma conduta ou uma forma de organização, as quais são obrigatórias¹². Desse modo, a norma jurídica enuncia um “dever ser” relativo a uma conduta ou a uma forma de organização. Aliás, cabe esclarecer que o conteúdo da norma jurídica pode ser enunciado sob a forma de uma ou mais proposições ligadas entre si¹³.

Reitere-se, ainda, que a norma jurídica enuncia um “dever ser”, no sentido de *ordenar* que a disposição ali estabelecida deve ser observada¹⁴. Efetivamente, a norma jurídica “enuncia um dever ser de *forma objetiva e obrigatória*”, impondo-se mesmo contra a vontade dos obrigados (no caso das normas de conduta) e sem alternativa de aplicação (no caso de normas de organização)¹⁵.

Desse modo, como forma de abranger as diferentes espécies de norma jurídica, de acordo com Miguel Reale, apresenta-se o conceito de que norma jurídica é “*uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória*”¹⁶.

2. FUNÇÕES

Como já estudado, as normas jurídicas podem ser de dois tipos, apresentando cada uma delas funções próprias e distintas. Nesse sentido, as normas de Direito podem ser:

- ***normas de conduta***: normas jurídicas que tem como fim disciplinar comportamentos e atividades das pessoas e dos grupos na sociedade;
- ***normas de organização***: normas jurídicas de natureza instrumental, tendo como objetivo estabelecer a estrutura e o funcionamento de órgãos, bem como disciplinar processos e procedimentos de aplicação de outras normas jurídicas¹⁷.

As normas de conduta podem ser chamadas primárias ou de primeiro grau, enquanto as normas instrumentais seriam secundárias ou de segundo. No entanto, a respeito dessa terminologia, para Kelsen, a norma primária é aquela que enuncia a sanção, ficando em segundo plano a norma que fixa o que deve ou não deve ser feito¹⁸. De todo modo, as normas jurídicas de conduta e de organização se relacionam entre si, sendo ambas relevantes para a regulação das relações sociais.

Por isso, em sentido amplo e abrangente, as normas jurídicas têm como função primordial *regular a vida em sociedade*.

Quanto à *imperatividade*, as normas jurídicas podem ser assim classificadas:

- **normas cogentes ou de ordem pública (normas de imperatividade absoluta):** ordenam ou proíbem algo de modo absoluto, não podendo ser modificadas pelas partes¹⁹;
- **normas dispositivas (normas de imperatividade relativa):** não ordenam nem proíbem de modo absoluto, mas sim permitem ação ou abstenção (por exemplo, art. 797 do Código Civil de 2002: “No seguro de vida para o caso de morte, é lícito estipular-se um prazo de carência, durante o qual o segurador não responde pela ocorrência do sinistro”), ou suprem declaração de vontade não existente (por exemplo, art. 287 do Código Civil de 2002: “Salvo disposição em contrário, na cessão de um crédito abrangem-se todos os seus acessórios”)²⁰.

Quanto ao *autorizamento*, as normas jurídicas são assim classificadas²¹:

- **normas mais que perfeitas:** quando violadas autorizam a aplicação de duas sanções: a) nulidade do ato praticado ou o restabelecimento da situação anterior; e b) aplicação de pena àquele que violou a norma jurídica;
- **normas perfeitas:** quando violadas autorizam a declaração de nulidade do ato ou a sua anulabilidade (não autorizando a aplicação de pena àquele que violou a norma);
- **normas menos que perfeitas:** quando violadas autorizam a aplicação de pena àquele que as desrespeitou (não autorizando a declaração de nulidade ou anulação do ato);
- **normas imperfeitas:** a violação não acarreta qualquer consequência jurídica (por exemplo, as obrigações decorrentes de dívida de jogo, pois, conforme o art. 814 do Código Civil de 2002: “As dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor ou interdito”).

3. ESTRUTURA

Há entendimento de acordo com o qual a norma jurídica apresenta uma estrutura²² lógica de *juízo ou proposição hipotética*²³, na qual se prevê um fato (*F*) ao qual se liga uma consequência ou efeito (*S*).

Em termos esquemáticos, tem-se a seguinte representação:

“Se *F* é, deve ser *S*”.

No esquema acima, observam-se dois elementos nas normas jurídicas de conduta:

- a hipótese ou fato-tipo (*tatbestand*, em alemão, ou *fattispecie*, em italiano);
- o dispositivo ou preceito (*rechtsfolge* ou *disposizione*)²⁴.

Para Kelsen, essa consequência é a sanção²⁵ (consequência decorrente do não cumprimento de um dever)²⁶. Desse modo, se ocorrer um fato ou uma conduta que corresponda à previsão da norma jurídica, a consequência ali prevista deve ser aplicada àquele que descumpriu a prescrição normativa²⁷.

Como explica Eros Roberto Grau:

“A norma jurídica (proposição jurídica) é dotada de uma estrutura peculiar: representa determinada situação objetiva, hipotética (o *Tatbestand*, hipótese, pressuposto de fato, *facti species*), à qual estão ligadas certas consequências práticas, ou seja, os efeitos por ela prescritos (*Rechtsfolge*, estatuição, injunção). A norma jurídica prescreve os efeitos enunciados na estatuição ou injunção em relação à situação objetiva que prevê possa vir a se verificar, desde que ela se verifique. Por isso é dotada de caráter logicamente hipotético: enuncia hipótese que produz consequências jurídicas. O caráter formal das proposições jurídicas é expresso na conexão entre uma hipótese e uma estatuição de consequência jurídica”²⁸.

A norma jurídica, em regra, prevê um fato típico de forma genérica. Ocorrendo um fato particular concreto que corresponda ao fato-tipo, previsto na norma, o responsável pelo fato particular deve suportar ou gozar as consequências obrigatórias ou efeitos determinados no dispositivo ou preceito da norma jurídica²⁹.

Observa-se, assim, que na norma de conduta há uma alternativa, no sentido de cumprir ou violar o dever nela enunciado, sabendo-se que a norma jurídica determina que se imponha a sanção no caso dessa violação do dever. Essa alternativa decorre da *liberdade* da pessoa de cumprir ou descumprir a norma jurídica. Em razão disso, a norma de conduta não apresenta apenas um aspecto lógico formal, mas também um caráter *axiológico*, expressando um “valor a ser atingido”, bem como resguardando o “valor da liberdade do destinatário”³⁰.

Nesse sentido, por exemplo, de acordo com o Código Penal:

“Art. 121. Matar alguém:

Pena – reclusão, de seis a vinte anos”.

No caso acima, há o seguinte juízo hipotético:

Se uma pessoa matar alguém (hipótese ou fato-tipo), deve ser aplicada a pena de reclusão de seis a vinte anos (dispositivo ou sanção).

Nota-se, ainda, que a norma jurídica (de conduta) pode ser entendida como exprimindo um *enunciado*, composto de dois elementos: um *comando* (estabelecendo uma regra de conduta) e uma *consequência* (entendida por alguns autores como a sanção)³¹. No exemplo acima, a prescrição refere-se à proibição de matar alguém, o que estabelece o dever jurídico (imperativo) de não matar. Caso esse comando seja desobedecido, deve ser aplicada a sanção, no caso, a pena de reclusão³².

Entretanto, além desse aspecto lógico-formal, nesse juízo hipotético também está implícito o *valor* “vida”, expresso no imperativo “não matar”, como fundamento da norma jurídica. Efetivamente, ao se enunciar uma consequência obrigatória para o caso de ocorrer o fato previsto na norma jurídica, procura-se alcançar um objetivo, preservando um valor. Há, portanto, uma relação entre *fato* e *valor*, de modo que na norma jurídica há uma “*base fática*” e “*objetivos axiológicos*”. Desse modo, a norma jurídica é composta de fato, valor e forma lógica, conferindo “*estrutura lógico-fático-axiológica*”³³.

Conclui-se, assim, que na norma jurídica, além da estrutura lógica formal, há a integração dos aspectos fático e valorativo (axiológicos). Na norma jurídica esses três fatores se integram e se correlacionam, do mesmo modo que a realidade do Direito, como experiência, apresenta-se como a integração de fato, valor e norma³⁴.

Além disso, como já observado, o modelo formal como juízo ou proposição hipotética (“Se *F* é, deve ser *S*”) apenas corresponde à categoria ou espécie das normas jurídicas que regem comportamentos sociais (normas de conduta), havendo, ainda, outros tipos de normas, quais sejam, as *normas jurídicas de organização*, dirigidas aos órgãos do Estado ou que apenas fixam competências e atribuições³⁵. Podem ser destacados os seguintes exemplos:

“Brasília é a Capital Federal” (CF/1988, art. 18, § 1.º).

“São bens da União os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos” (CF/1988, art. 20, inciso I, da CF/1988).

“Compete privativamente à União legislar sobre desapropriação” (art. 22, inciso II, da CF/1988).

“Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre orçamento” (art. 24, inciso II, da CF/1988).

“A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida” (art. 2.º do Código

Civil).

“A existência da pessoa natural termina com a morte” (art. 6.º do Código Civil).

“As pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado” (art. 40 do Código Civil).

Nesses exemplos, o que se verifica é a prescrição de um dever objetivo, determinando algo que deve ser feito, não dependendo da ocorrência de um fato previsto do qual possa resultar certa consequência³⁶. Nas normas jurídicas de organização, portanto, não se verifica um juízo hipotético propriamente, mas apenas um dever a ser observado ou cumprido (“dever ser”).

Deve-se registrar, no entanto, o entendimento de que a forma verbal das normas jurídicas não segue um padrão. Por isso, para que determinado enunciado, ainda que presente de forma descritiva, tenha natureza normativa, o que importa é a possibilidade de ser enunciado de acordo com a estrutura lógica hipotética, característica da norma jurídica. Nesse enfoque, “embora as proposições jurídicas sejam prescritivas (deônticas) e não meramente descritivas (apofânticas), podem ser enunciadas – e isso ocorre com frequência – sob o revestimento verbal não prescritivo”. Seguindo esse entendimento, assim prossegue Eros Roberto Grau: “Exemplifico com o que dispõe o art. 22, I, da Constituição de 1988: *compete privativamente à União legislar sobre direito civil*; o que está aí afirmado é que, se Estado-membro, o Distrito-Federal ou Município legislar sobre direito civil, estas legislações são inválidas (ao passo que, se o fizer a União, a legislação será válida)”³⁷.

Tendo em vista o exposto, a *estrutura* das normas jurídicas, aqui abrangendo as normas de conduta e as de organização, apresenta-se sob a forma de *proposição enunciativa de um dever ser de forma obrigatória*.

Merecem destaque, assim, as seguintes observações:

O conteúdo da norma jurídica é enunciado sob a forma de uma ou mais proposições entre si relacionadas, sendo o significado pleno da norma jurídica dado pela integração das proposições nela contidas³⁸.

A norma jurídica, fazendo parte do Direito, enuncia um “dever ser”, e não descreve algo que simplesmente é³⁹.

A norma jurídica enuncia um dever ser de forma objetiva e obrigatória, sabendo-se que o Direito tem validade e deve ser aplicado independentemente da vontade do obrigado (normas de conduta), não prevendo a norma de organização alternativa quanto a não ser aplicada⁴⁰.

¹ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 339: “O fundamento das normas está na *exigência da natureza humana de viver em sociedade*, dispondo sobre o comportamento dos seus membros. As normas são fenômenos necessários para a estruturação ôntica do homem. E como a vida do grupo social está intimamente ligada à disciplina das vidas individuais, elas fundam-se também na *necessidade* de organização na sociedade, exatamente porque não há sociedade sem normas de direito, que têm por objeto uma ação humana, obrigando-a, permitindo-a ou proibindo-a”.

² Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 340-341: “só é jurídica, na realidade, a norma que for declarada pelo poder. [...] É óbvio que a norma jurídica decorre de um ato decisório do poder (constituente, legislativo, judiciário, executivo, comunitário ou coletivo e individual). A norma só será jurídica [...] no momento em que for declarada como tal pelo órgão incumbido de levar o grupo a seus fins, e se estiver entrosada com o ordenamento jurídico da sociedade política”.

³ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 348-352.

⁴ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 357.

⁵ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 359.

⁶ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 361.

⁷ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 374-375.

⁸ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 383.

⁹ Cf. TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 43; DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 383-384.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 384.

¹¹ Cf. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 94-95, 97-99.

Cf. ainda GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. rev., atual. e aum. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro, Forense: 2007. p. 8: “Não há um só tipo de *normas*. Hart assinalou a existência de normas que não têm como objeto – ao menos *imediate* – a conduta dos indivíduos na sociedade. Denominam-se *normas de organização*”.

¹² Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 108: “a regra de direito (norma jurídica) tem a forma linguística de uma proposição, a ‘proposição jurídica’. Não obstante, a proposição jurídica também é referida como a norma jurídica apta – e somente ela – a exercer a função de premissa maior em um silogismo judicial”.

Nesse enfoque, “proposição jurídica” pode ser vista tanto como a forma pela qual se enuncia a norma jurídica, como significando a própria norma jurídica em si. No entanto, registre-se o entendimento de Kelsen, no sentido de que as “normas jurídicas” são

formuladas pelas autoridades, com caráter imperativo, sendo fontes de Direito, pois estabelecem direitos e impõem deveres. Diferentemente, as “proposições jurídicas”, para Kelsen, são descrições das normas jurídicas, feitas pela Ciência do Direito, tendo como objetivo conhecer as referidas normas, mas não regulamentar a conduta humana. Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 363-364; KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1976. p. 110-116.

¹³ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 95: “Dizemos que a norma jurídica é uma estrutura proposicional porque o seu conteúdo pode ser enunciado mediante uma ou mais proposições entre si correlacionadas, sendo certo que o significado pleno de uma regra jurídica só é dado pela integração lógico-complementar das proposições que nela se contém”.

¹⁴ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 95-96.

¹⁵ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 96.

¹⁶ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 95.

¹⁷ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 99: “As *normas de organização* podem, de uma forma relativa, ser consideradas *secundárias* ou de *segundo grau*, pelo fato de pressuporem as que estabelecem as formas de atividade ou de comportamento obrigatórios, isto é, as *primárias* ou de *primeiro grau*, mas essa qualificação não deve significar uma escala de importância: no fundo, todas as regras jurídicas têm maior ou menor grau de instrumentalidade, como meios que são à consecução de valores e interesses individuais e coletivos”.

¹⁸ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 97.

¹⁹ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 387: “A imperatividade absoluta de algumas normas é motivada pela convicção de que determinadas relações ou estados da vida social não podem ser deixados ao arbítrio individual, o que acarretaria graves prejuízos para a sociedade. As normas impositivas tutelam interesses fundamentais, diretamente ligados ao bem comum, por isso são também chamadas de ‘ordem pública’”.

²⁰ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 388.

²¹ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 388-390.

²² Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 373, nota 373: “Estrutura é o conjunto de elementos entrelaçados que constituem o esqueleto de uma unidade complexa”.

²³ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 373, nota 373: “As proposições, quanto à forma, podem ser: *simples*, se constituídas apenas de dois conceitos – sujeito e predicado – unidos por uma afirmação ou negação; *complexas* ou compostas, também chamadas hipotéticas, quando formadas de duas ou mais proposições simples. A proposição hipotética é, portanto, uma proposição complexa, um organismo lógico, em que, além da afirmação ou negação, próprias de todas as proposições, existe sempre a expressão de uma hipótese, cuja verificação é suposta pela afirmação ou negação. A afirmação e a negação supõem a verificação de uma hipótese. Por tal razão, a proposição complexa chama-se supositiva ou hipotética. O suposto de fato constitui uma previsão ou uma antecipação

hipotética sobre uma provável realidade futura; consiste, portanto, na própria realidade futura mentalmente imaginada; está por isso formulado com uma certa abstração e generalidade”.

²⁴ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 100.

Cf. ainda GOMES, Orlando. Op. cit., p. 8-9: “Na análise da estrutura de uma norma jurídica distinguem-se duas partes: o pressuposto fático (“*Tatbestand*”) e a consequência (*efeito*). O pressuposto fático constitui uma previsão ou uma antecipação hipotética de possível ou provável realidade futura (Picazo). Corresponde à *tipicidade normativa*. A consequência jurídica é a resposta da lei à situação concreta. Em síntese, se é A deve ser B”.

²⁵ Kelsen, Hans. Op. cit., p. 49: “Quando uma ordem social, tal como a ordem jurídica, prescreve uma conduta pelo facto de estatuir como devida (devendo ser) uma sanção para a hipótese da conduta oposta, podemos descrever esta situação dizendo que, no caso de se verificar uma determinada conduta, se deve seguir determinada sanção”.

²⁶ De acordo com Maria Helena Diniz: “Tanto estas normas [morais] como a jurídica são sancionadoras, pois a infração de seus preceitos acarreta consequências, que são as sanções. Já as leis físicas não o são; as consequências por elas previstas resultam, necessariamente, do fato em seus nexos causais. Todas as normas são, portanto, dotadas de sanção. O desrespeito da norma moral pode causar: *a*) sanção individual e interna, ou seja, da consciência, que nada mais é senão a satisfação ou o desgosto (arrependimento, vergonha, remorso); *b*) sanção externa, como a opinião pública, que estima as pessoas honestas e lança ao desprezo os iníquos (desconsideração social)” (Op. cit., p. 376).

²⁷ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 93-94.

²⁸ Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 108.

Registre-se que, de acordo com Maria Helena Diniz: “A norma jurídica é uma coisa e sua estrutura lógica, outra. Realmente, a *norma jurídica* é um ‘objeto cultural’, não se situando no mundo do ‘dever ser’ lógico. A formulação lógica da norma jurídica é um ‘objeto ideal’. [...] Respeitando a distinção entre norma e sua formulação lógica, pode-se dizer que, em si, a *norma jurídica* é sempre um *imperativo*, e pode ser formulada sob a forma de um juízo hipotético condicional” (Op. cit., p. 374).

²⁹ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 100-101.

³⁰ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 102.

³¹ Cf. GOMES, Orlando. Op. cit., p. 7-8: “Compõe-se [a norma jurídica] de dois elementos: um *preceito* e uma *sanção*. O primeiro encerra a regra de conduta a ser observada por seus destinatários; o segundo, a pena a ser imposta a quem a desobedeça, correspondentemente, segundo Engisch, a um *pressuposto de fato* e a uma *consequência jurídica*. O *preceito* estabelece *obrigações* ou *proibições*. Para além das funções de obrigar e de proibir, *permite* e *define*, *prescreve* as condições para a consecução de certos fins, *supre* a vontade típica dos sujeitos da *relação*, e programa o comportamento do destinatário a fim de que

alcance os objetivos que prevê. Aos *preceitos imperativos* e *proibitivos* agregam-se, portanto, os *permissivos*, os *declaratórios*, os *instrumentais*, os *supletivos* ou *dispositivos* e os *programáticos*”.

³² Cf. GOMES, Orlando. Op. cit., p. 8: “A *sanção* exerce função tradicional da *pena*. A seu lado empregam-se *técnicas dissuasórias*. As *sanções* são *pessoais* ou *patrimoniais*, conforme recaiam no infrator ou em seus bens. Em *Direito Privado*, não existem, senão excepcionalmente, *sanções pessoais*. As *sanções patrimoniais* têm caráter *ressarcitório*, isto é, a reparar o dano causado pelo *ato antijurídico* do infrator”.

³³ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 102-103.

³⁴ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 103-104.

³⁵ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 94-95.

³⁶ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 95.

³⁷ GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 108-109.

³⁸ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 95.

³⁹ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 95-96.

⁴⁰ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 96.

DIREITO E SISTEMA

Sumário: 1. Sistema e Direito: sistema jurídico e ordenamento jurídico – 2. Teoria dos sistemas e sistema jurídico – 3. Antinomia jurídica.

1. SISTEMA E DIREITO: SISTEMA JURÍDICO E ORDENAMENTO JURÍDICO

O sistema é um complexo composto de uma “estrutura” e um “repertório”.

O *repertório* é o conjunto de elementos.

A *estrutura* é o conjunto de regras que determinam as relações entre os elementos¹.

Por isso, entende-se o sistema como “um conjunto de elementos interligados harmonicamente e agrupados em torno de princípios fundamentais”².

Desse modo, é possível focar o ordenamento jurídico como sistema, possuindo um *repertório* (elementos normativos e elementos não normativos) e uma *estrutura*³.

Vejam alguns exemplos de regras estruturais: o princípio de que a lei hierarquicamente superior prevalece sobre a lei inferior; o princípio de que a lei posterior prevalece sobre a lei inferior; o princípio de que a lei especial prevalece sobre a lei geral⁴.

Há entendimento de acordo com o qual o *repertório* do ordenamento jurídico (elementos) é formado somente pelas normas jurídicas, como entende Kelsen⁵. No entanto, como já estudado, pode-se entender que integram o repertório do ordenamento jurídico, visto como sistema, os seguintes elementos: fato, valor e norma⁶. Na linha deste último entendimento, tem-se que o sistema jurídico é composto dos subsistemas de normas, de valores e de fatos, havendo correlação entre eles⁷.

Quanto à *estrutura* do ordenamento jurídico (visto como sistema), há entendimento que lhe atribui caráter lógico-formal (Kelsen), defendendo que as normas formam um sistema pela “concatenação lógica das proposições jurídicas” descritas pela Ciência do Direito. Outra corrente entende que na estrutura do ordenamento jurídico existem relações dialéticas (Miguel Reale)⁸.

Deve-se destacar a concepção do ordenamento jurídico como *sistema unitário*⁹, ou seja, repertório e estrutura envolvidos por um princípio que organiza e mantém o conjunto como um todo harmônico¹⁰. Para Kelsen, esse princípio unificador seria a “norma fundamental” pressuposta (“*Grundnorm*”)¹¹, isto é, a norma de escalão superior, sendo o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico¹².

Ainda sobre o tema, entende-se por *instituto jurídico* o complexo das normas contendo a disciplina jurídica de uma ou várias relações jurídicas, em sentido abstrato, ligadas entre si. Como exemplos, podem ser mencionados os institutos do poder familiar, da tutela, da compra e venda, do casamento, da sucessão legítima etc. Os diversos institutos jurídicos articulam-se entre si, de forma harmônica, tendo em vista as conexões existentes entre eles, dando origem

ao sistema do Direito¹³.

Além disso, o sistema jurídico é “dinâmico”¹⁴, pois as normas jurídicas estão em constante transformação¹⁵.

O conceito de ordenamento jurídico visto como sistema torna possível a integração das normas jurídicas num conjunto, “dentro do qual é possível identificá-las como normas jurídicas válidas”. No entanto, a concepção de ordenamento jurídico como sistema é uma tendência histórica verificada na Era Moderna, especialmente a partir do século XIX¹⁶.

Registre-se, ainda, a distinção feita por Kelsen, entre a “teoria jurídica estática” e a “teoria jurídica dinâmica”. Nesse enfoque, a teoria estática tem como objeto o Direito “como um sistema de normas em vigor, o Direito no seu momento estático”. A teoria dinâmica, por sua vez, tem por objeto o “processo jurídico em que o Direito é produzido e aplicado, o Direito em seu movimento”, sabendo-se que esse processo de produção das normas jurídicas é regulado pelo próprio Direito¹⁷.

Deve-se esclarecer que o “sistema”, na realidade, é uma “forma técnica de conceber os ordenamentos, que são um dado social”¹⁸. O Direito é uma realidade social. A Ciência do Direito, mais precisamente a Dogmática Jurídica, utilizando-se dessa forma técnica (sistema), apresenta o Direito como sistema jurídico, ou seja, como ordenamento jurídico, o que é “operacionalmente importante” para atender às exigências de se compreender, interpretar e aplicar o Direito. Nesse sentido, a ideia de sistema permite esclarecer se a norma jurídica é válida, bem como identificar o que integra e o que não faz parte do Direito¹⁹.

2. TEORIA DOS SISTEMAS E SISTEMA JURÍDICO

Além do exposto acima, cabe registrar a chamada “teoria dos sistemas”, defendida por juristas como Niklas Luhmann, em que se sustenta a existência de um sistema jurídico, devendo-se deixar de considerar o Direito como conjunto ordenado e coerente de normas jurídicas²⁰.

Nesse enfoque, o que existe, ao invés de um ordenamento jurídico, seria um *sistema jurídico*, o qual não se apresenta como um todo coerente. O conjunto de normas jurídicas, desse modo, é visto como uma unidade dotada de “coesão”, ou seja, as normas são coesas, vinculadas entre si por diversas causas (não apenas pela validade formal hierárquica), coesão esta verificável na realidade (e não na teoria)²¹.

Ainda de acordo com a “teoria dos sistemas”, no caso do sistema jurídico, o principal elemento do seu *repertório* (“elemento básico de composição do sistema”) é formado por normas jurídicas, podendo-se acrescentar também os costumes, princípios e outras regras.

Quanto à *estrutura* (“eixo de organização do próprio repertório”), as normas são estruturadas por meio da hierarquia²².

Apesar disso, o sistema não funciona apenas para si, pois ele está inserido num todo, ou seja, no “meio ambiente”, visto como aquilo que é exterior ao sistema. No caso do Direito, há outros sistemas que com ele se comunicam: como o sistema econômico e o sistema político. Nesse sentido, o sistema do Direito “se relaciona com o meio ambiente a partir de um *padrão* geral, que lhe regula e lhe dá as diretrizes maiores”. Desse modo, na sociedade capitalista ocidental moderna, o padrão de funcionamento do Direito é o da *legalidade*²³.

Na teoria em destaque, para que haja coesão em determinado sistema, ele precisa ser internamente coeso e também coeso externamente (enquanto inserido no “meio ambiente”)²⁴.

Para a “teoria dos sistemas”, as normas jurídicas têm como origem não apenas a Constituição, mas sim diversas razões (por exemplo: o poder econômico diversas vezes cria normas as quais se confrontam com as demais normas do sistema legal, mas mesmo assim elas podem conviver na mesma unidade jurídica). Nesse enfoque, o sistema jurídico teria várias “normas-origem”, ou seja, não apenas a Constituição, mas também, por exemplo: “Um plano econômico inconstitucional, mas declarado válido, uma interferência econômica ilegal, mas que gera efeitos práticos, as leis dos vencedores de guerra, que modificam pedaços do ordenamento dos vencidos, as leis das comunidades que vivem parcialmente à margem do estado de direito”²⁵.

Desse modo, o Direito se apresenta como um sistema o qual tem repertório, ou seja, as normas jurídicas, estruturadas hierarquicamente, tendo como padrão de funcionamento geral a legalidade. Entretanto, frequentemente o sistema jurídico é obrigado a aceitar interferências diversas daquelas previstas pela legalidade, casos em que ocorre uma quebra provisória e parcial da legalidade, incidindo a chamada “regra de calibração”²⁶, a qual altera o padrão de legalidade e faz com que o sistema jurídico acolha outras normas, dotadas de lógica distinta. Essas “regras de calibração”, como o nome indica “calibram o sistema, regulam-no diversamente, tornam-no algo diferente do que era até então”²⁷.

Niklas Luhmann, assim, defende que o sistema o qual prevê os próprios meios de alteração é um “sistema *autopoiético*”, no sentido de que “nas sociedades contemporâneas, o próprio direito prevê mecanismos de sua reprodução, de sua reforma e adaptação às mudanças em relação ao que é exterior ao direito”. Nesse sentido, autopoiético significa justamente a “qualidade de se auto-construir, autorreproduzir”²⁸.

3. ANTINOMIA JURÍDICA

O ordenamento jurídico, visto como sistema jurídico, busca a sua *coerência*²⁹ ou consistência³⁰ interna. Apesar disso, verifica-se a existência de *antinomias*, as quais procuram ser solucionadas, justamente para se manter a referida coerência ou consistência.

Antinomia significa o conflito entre duas normas jurídicas, integrantes do mesmo ordenamento jurídico, incompatíveis entre si³¹, podendo, assim, ocorrer entre duas regras, dois princípios ou uma regra e um princípio de Direito³².

Havendo duas normas conflitantes entre si, ou seja, válidas e relativas ao mesmo caso, prevendo soluções divergentes, a verdadeira antinomia existe quando, mesmo após a interpretação delas, a incompatibilidade persistir³³.

As antinomias podem ser classificadas, quanto ao critério de solução, em³⁴:

- ***antinomia aparente***: quando os critérios de solução de antinomia forem normas integrantes do ordenamento jurídico;
- ***antinomia real***: quando não houver na ordem jurídica um critério específico e expresso para a solução.

Chama-se *antinomia de segundo grau* quando há um conflito entre os próprios critérios de solução da antinomia.

Vejamos os critérios para a solução das antinomias. Efetivamente, para a manutenção da *coerência do sistema jurídico*, este indica certos critérios para a solução das antinomias entre normas que integrem o ordenamento jurídico³⁵.

De acordo com o *critério hierárquico* (*lex superior derogat legi inferiori*), deve prevalecer a norma de hierarquia superior em face da norma inferior.

O *critério cronológico* (*lex posterior derogat legi priori*) indica que a norma mais recente deve prevalecer sobre a norma mais antiga. No entanto, este critério só tem aplicabilidade entre normas jurídicas de mesma hierarquia.

Conforme o *critério de especialidade* (*lex specialis derogat legi generali*), a norma especial prevalece, quanto à matéria específica ali tratada, sobre a norma geral.

Como já mencionado, podem surgir casos de antinomias entre os próprios critérios de solução de antinomias entre normas jurídicas, ou seja, hipóteses de conflitos de normas em que mais de um critério é aplicável, levando a soluções distintas conforme o critério que prevaleça. Em casos assim, precisa-se definir qual critério de solução de antinomia deve prevalecer para, então, saber-se qual a norma aplicável.

Assim, tem-se a chamada *antinomia de segundo grau* nas seguintes situações³⁶:

- *conflito entre os critérios hierárquico e cronológico.*

Por exemplo, conflito entre uma norma constitucional mais antiga e uma norma infraconstitucional mais recente. Isso resulta em conflito entre os critérios hierárquico e cronológico. Entende-se que prevalece o critério hierárquico e, assim, a norma constitucional³⁷.

- *conflito entre os critérios de especialidade e cronológico.*

Por exemplo, conflito entre uma norma especial mais antiga e uma norma geral mais recente. Isso resulta em conflito entre os critérios de especialidade e cronológico. Entende-se que prevalece o critério de especialidade e, assim, a norma especial³⁸.

- *conflito entre os critérios hierárquico e de especialidade.*

Por exemplo, conflito entre uma norma constitucional geral e uma norma infraconstitucional especial. Isso resulta em conflito entre os critérios hierárquico e de especialidade.

Para a solução de conflitos entre os próprios critérios, são indicados “metacritérios” para resolver as antinomias de segundo grau³⁹.

Desse modo, têm-se os seguintes “metacritérios”:

- **conflito entre critérios hierárquico e cronológico:** o critério cronológico não se aplica quando a nova norma for inferior à norma anterior (*lex posterior inferiori non derogat priori superiori*). Nesse sentido, prevalece o critério hierárquico em face do critério cronológico, por ser mais forte no sistema jurídico;
- **conflito entre critérios de especialidade e cronológico:** *em tese*, o critério cronológico não se aplica quando a nova norma for geral e a norma anterior for especial (*lex posterior generalis non derogat priori speciali*). Nesse sentido, em regra, prevalece o critério de especialidade sobre o critério cronológico. No entanto, este metacritério “não tem valor absoluto”, podendo, conforme o caso, haver “supremacia ora de um, ora de outro critério”⁴⁰;
- **conflito entre critérios hierárquico e de especialidade:** não se verifica um “metacritério” geral, podendo prevalecer um critério ou outro, conforme cada situação e suas circunstâncias. No entanto, registre-se a posição de Bobbio, no sentido de que, “teoricamente, deveria prevalecer o critério hierárquico”. Mesmo assim, “na prática, a exigência de adaptar os princípios gerais de uma Constituição

às sempre novas situações leva frequentemente a triunfar a lei especial, mesmo que ordinária, sobre a constitucional”⁴¹.

Na realidade, em casos extremos, de falta de um critério definido que possa resolver a antinomia de segundo grau, o “critério dos critérios” para solucionar o conflito normativo seria o *princípio supremo da justiça*. Desse modo, entre duas normas incompatíveis, deve prevalecer aquela mais justa⁴².

Há casos, ainda, de absoluta ausência de critério para solucionar a antinomia, por exemplo, quando as normas antinômicas sejam da mesma hierarquia, da mesma cronologia e da mesma especialidade (v.g., uma mesma lei, publicada no mesmo dia, com dois artigos distintos, um permitindo e o outro proibindo o mesmo fato). Em situações como esta, cabe ao legislador editar nova lei, solucionando a antinomia. No entanto, em caso de omissão do legislador, seria possível a utilização da técnica da “*lex favorabilis*” (lei favorável)⁴³.

Há casos, portanto, em que se observa a existência de “lacuna das regras de resolução” das antinomias, ou seja, dos conflitos entre duas normas, instaurando uma “incompletude dos meios de solução e uma antinomia real”. Esta *lacuna* de regra de solução pode ser suprimida com a edição de “norma derogatória” (em sentido amplo, isto é, abrangendo a ab-rogação e a derrogação em sentido estrito), a qual opte por uma das normas em conflito, ou resolvida por meio de interpretação equitativa⁴⁴.

- ¹ Cf. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988. p. 165.
- ² Cf. JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Manual de direito financeiro e tributário*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 4.
- ³ Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, revisão técnica Claudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 19: “as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si [...]. Esse contexto de normas costuma ser chamado de ‘ordenamento’”.
- Cf. ainda GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. rev., atual. e aum. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 14: “Ao complexo de normas que organizam a vida social de um povo denomina-se *ordenamento jurídico*”.
- ⁴ Cf. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Op. cit., p. 165.
- ⁵ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1976. p. 21: “o Direito [...] é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano”.
- ⁶ Cf. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Op. cit., p. 165-166.
- ⁷ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 446.
- ⁸ Cf. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Op. cit., p. 166.
- ⁹ Cf. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 19: “Um sistema supõe *ordenação* e *unidade* (ordenação interior e unidade de sentido). No direito, dominado pelos sentidos axiológicos e teleológicos, a ideia de ordenação conduz à de adequação: tanto o legislador como o juiz devem tomar *adequadamente* os dados, axiológicos, do direito”.
- ¹⁰ Cf. GOMES, Orlando. Op. cit., p. 12: “As normas de Direito Positivo são agrupadas sistematicamente, formando os *institutos jurídicos*. A coordenação dos diversos institutos jurídicos em um todo harmônico forma, por sua vez, o *sistema jurídico*. Todo instituto jurídico tem no *sistema* seu lugar próprio. Encontrá-lo é determinar-lhe a *natureza*. A localização (*sedes materiae*) ajuda a compreensão e a aplicação das regras agrupadas”.
- ¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1976. p. 269.
- ¹² Cf. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Op. cit., p. 166.
- ¹³ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica: sujeitos e objeto*. Coimbra: Almedina, 2003. v. 1, p. 5.
- ¹⁴ Cf. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Op. cit., p. 166.
- ¹⁵ Cf. GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 19: “O sistema objetivo é dinâmico, suscetível de

aperfeiçoamento. O direito é produto histórico, cultural, está em contínua evolução”.

- ¹⁶ Cf. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Op. cit., p. 167: “A concepção do ordenamento como sistema é consentânea com o aparecimento do Estado moderno e o desenvolvimento do capitalismo”.
- ¹⁷ Cf. KELSEN, Hans. Op. cit., p. 110.
- ¹⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Op. cit., p. 167.
- ¹⁹ Cf. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Op. cit., p. 166-167.
- ²⁰ Cf. MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 146.
- ²¹ Cf. MASCARO, Alysson Leandro. Op. cit., p. 147-148.
- ²² Cf. MASCARO, Alysson Leandro. Op. cit., p. 148.
- ²³ Cf. MASCARO, Alysson Leandro. Op. cit., p. 148-149.
- ²⁴ Cf. MASCARO, Alysson Leandro. Op. cit., p. 149.
- ²⁵ Cf. MASCARO, Alysson Leandro. Op. cit., p. 150.
- ²⁶ Cf. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Op. cit., p. 176: “São, por exemplo, regras de calibração o princípio da equidade, a determinação de que, na aplicação do direito, deve-se ter em conta o bem comum, que no direito público deve ser reconhecida a supremacia do interesse público. Estas regras são construídas pela jurisprudência, pela doutrina, pelos costumes etc. Em suma, graças às regras de calibração podemos falar em coesão do sistema e, em consequência, de flexibilidade, rigidez, estabilidade, transformação e, sobretudo, de ruptura do sistema normativo”.
- ²⁷ Cf. MASCARO, Alysson Leandro. Op. cit., p. 150.
- Cf. ainda FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Op. cit., p. 176: “O sistema normativo tem a estrutura de uma rede ou malha autorreguladora de normas-comunicação, com enfoque especial para o seu dispositivo calibrador, cuja ruptura ocorre apenas quando há uma sobrecarga de informações, isto é, entrada de novas normas-origem que não conseguem ser calibradas no interior do próprio sistema”.
- ²⁸ Cf. MASCARO, Alysson Leandro. Op. cit., p. 151.
- ²⁹ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 480.
- ³⁰ Cf. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Op. cit., p. 184.
- ³¹ Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, revisão técnica Claudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 81.
- ³² Cf. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Op. cit., p. 189: “Podemos definir, portanto, antinomia jurídica como a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado”.

- ³³ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 480.
- ³⁴ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 481.
- ³⁵ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 483.
- ³⁶ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 485-486.
- ³⁷ Cf. BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 107.
- ³⁸ Cf. BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 108.
- ³⁹ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 486-487.
- ⁴⁰ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 487.
- ⁴¹ Cf. BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 109.
- ⁴² Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 487.
- ⁴³ Cf. MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 178.
- ⁴⁴ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 487.

VII

LACUNAS DA LEI E INTEGRAÇÃO DO DIREITO

Sumário: 1. Lacunas da lei – 2. Integração do Direito.

1. LACUNAS DA LEI

Tendo em vista a riqueza, complexidade e diversidade de eventos no plano das relações sociais, nem sempre é possível encontrar dispositivo legal regulando de forma expressa todas as hipóteses possíveis de ocorrência.

Além disso, como a lei normalmente dispõe de forma genérica e abstrata, podem surgir eventos não previstos de forma específica, mas que necessitem de regulação pelo Direito, por exemplo, na esfera jurisdicional, ao ter o juiz de decidir certo conflito¹. Nesse sentido, de acordo com o art. 126 do Código de Processo Civil de 1973 (art. 140 do novo CPC), o juiz não se exime de decidir alegando lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico, sendo vedado o *non liquet*.

Nesses casos, em que não se verifica disposição legal que regule expressamente a questão, pode-se dizer que há “lacuna” da lei, ou seja, omissão da norma legal².

Há quem defenda a existência de lacunas no ordenamento jurídico. No entanto, na realidade, a omissão é da lei, pois a lacuna será suprida por certas técnicas e outras fontes do Direito. Desse modo, o ordenamento jurídico, em si, como um todo, prevê as formas de preencher a lacuna da lei, o que resulta na sua *completude* como sistema³.

Registre-se, ainda, o pensamento de Kelsen, no sentido de que não há lacunas no sistema jurídico, pois é possível considerar todo e qualquer comportamento como regulado (de modo positivo ou negativo) pela ordem jurídica⁴. Nesse entendimento, “quando a ordem jurídica não estatui qualquer dever de um indivíduo de realizar determinada conduta, permite esta conduta”, significando que a regula negativamente⁵. Assim sendo, Kelsen considera a lacuna (ou seja, a ausência de uma determinada norma na ordem jurídica) como uma “ficção”; e, para limitar o poder de decisão dos tribunais quando este entende pela ausência de norma que resolva o caso, o legislador recorre à ficção, estabelecendo que “o juiz somente pode fazer de legislador quando o Direito apresente uma lacuna”⁶.

No entanto, deve-se destacar o entendimento de que as lacunas são inquestionáveis no Direito. Caso assim não fosse, o Poder Legislativo não mais teria qualquer função, uma vez que todas as condutas já estariam prescritas, aplicando-se o princípio de que “tudo o que não está proibido, está permitido”. Além disso, o fato de o juiz poder eliminar as lacunas, aplicando os métodos de integração do art. 4.º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, apenas significa a criação da norma jurídica individual, a qual só vale para o caso em concreto, “sem dissolver a lacuna”. Nesse sentido, a criação de um modelo jurídico-normativo geral deve decorrer do processo legislativo⁷. Esse entendimento destaca que a

existência das lacunas no Direito também fica atestada pela “possibilidade de inadequação entre os subconjuntos componentes do sistema jurídico”, ou seja, por exemplo, quando a norma e o fato correspondentes se tornem conflitantes com o valor que os informa⁸.

Maria Helena Diniz aponta três espécies de lacunas⁹:

- ***lacuna normativa***, quando ocorre ausência de norma jurídica específica regulando o caso;
- ***lacuna ontológica***, quando há norma jurídica, mas ela não corresponde aos fatos sociais (“an-cilosoamento da norma positiva”);
- ***lacuna axiológica***, quando se verifica ausência de norma justa, ou seja, existe norma jurídica, mas, caso seja aplicada, a solução seria insatisfatória ou injusta.

Aliás, cabe fazer menção às chamadas “lacunas ideológicas”, ou seja, “brechas, dentro do sistema jurídico, que não são advindas da falta de normas, mas, sim, de um certo valor que é atribuído ao conjunto das normas e que faz com que uma dessas normas pareça ser descompassada em face das demais”¹⁰.

2. INTEGRAÇÃO DO DIREITO

A integração do Direito significa a tarefa de completar o ordenamento jurídico.

Por meio dos métodos ou processos de integração, as lacunas (omissões) da lei são supridas (preenchidas).

Há autores que fazem menção à seguinte classificação quanto às formas de integração do Direito:

- ***autointegração***: quando a integração do ordenamento jurídico ocorre aplicando recursos internos a ele¹¹, ou recorrendo ao próprio âmbito da mesma fonte de Direito dominante (no caso, a lei)¹². O exemplo típico de autointegração é a analogia;
- ***heterointegração***: quando a integração do ordenamento jurídico ocorre aplicando recursos presentes fora dele, como seria o caso de aplicar norma de ordenamento jurídico de outro país¹³, ou quando se recorre a “fontes diversas daquela que é dominante” (no caso, recorrendo a fontes diversas da lei)¹⁴. Neste último enfoque, o recurso ao costume seria um exemplo de heterointegração¹⁵.

As formas de integração do Direito são, essencialmente, a *analogia*, os *costumes* e os *princípios gerais de direito*. Nesse sentido, de acordo com o art. 4.º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Da mesma forma a previsão da segunda parte do art. 126 do Código de Processo Civil de 1973, ao dispor que, no julgamento da lide, cabe ao juiz aplicar as normas legais; não as havendo, “recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

Há entendimento de que na omissão da lei, essas formas ou técnicas de integração do Direito devem ser aplicadas na ordem estabelecida no art. 4.º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, ou seja, deve-se aplicar primeiramente a analogia; caso mesmo assim não seja possível suprir a omissão, aplicam-se os costumes e, por fim, os princípios gerais de direito¹⁶.

No entanto, na realidade, os costumes e os princípios gerais de direito também são fontes formais do Direito, sendo meios de expressão jurídica com natureza normativa. Desse modo, há casos que podem estar regulados pela norma costumeira ou pelo princípio, sendo aplicáveis antes mesmo de se cogitar da analogia.

A Consolidação das Leis do Trabalho, por sua vez, assim prevê no art. 8.º: “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

De acordo com o Código Tributário Nacional:

“Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I – a analogia;

II – os princípios gerais de direito tributário;

III – os princípios gerais de direito público;

IV – a equidade.

§ 1.º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

§ 2.º O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido”.

Os *costumes*, os *princípios gerais de direito* e a *equidade* já foram estudados anteriormente, ao se analisar as fontes do Direito. Assim, fica aqui reiterado terem como uma de suas funções justamente a integração do Direito, como forma de suprir a lacuna ou omissão da lei.

O *Direito Comparado*, por sua vez, não significa o simples confronto formal das leis de diversos países, mas deve levar em conta as estruturas sociais, históricas e políticas de cada um deles, as quais condicionam a formação dos diferentes sistemas jurídicos. O Direito Comparado, desse modo, não se confunde com a Legislação Comparada, tendo como objeto indicar as semelhanças entre o Direito e os institutos jurídicos de cada povo¹⁷.

Como salienta Paulo Nader, a “disciplina do Direito Comparado tem por objeto o estudo comparativo de ordenamentos jurídicos de diferentes Estados”. Entretanto, nesse âmbito, também devem ser analisados “os fatos culturais e políticos que serviram de suporte ao ordenamento jurídico”¹⁸.

Cabe aqui analisar, portanto, a *analogia*.

A analogia é um método, forma de raciocínio¹⁹ ou processo lógico²⁰ pelo qual se aplica uma disposição legal para caso análogo ao ali previsto, tendo em vista a semelhança entre a hipótese regulada pela lei em questão e o caso a respeito do qual não se verifica norma legal que o regule de forma específica e expressa.

Em poucas palavras, a analogia “consiste em aplicar a hipótese não prevista especialmente em lei disposição relativa a caso semelhante”²¹.

Desse modo, a aplicação da analogia exige três requisitos:

- o fato em questão, a ser decidido, não é regulado de forma específica e expressa pela lei;
- a lei regula hipótese análoga, similar;
- semelhança essencial entre a situação não prevista e aquela prevista na lei²², ou seja, deve existir entre os dois casos “semelhança relevante”, tendo em comum a mesma razão jurídica²³.

Deve-se registrar a necessidade de certa cautela na aplicação da analogia, pois duas situações podem apresentar algumas notas caracterizadoras coincidentes ou semelhantes, mas se distinguem em razão de aspectos próprios e peculiares (“notas diferenciadoras”) que alterem completamente a configuração jurídica de cada hipótese, afastando a possibilidade de aplicação da analogia. Registre-se que essas “notas diferenciadoras” podem se referir a uma particularidade fática ou a uma “específica compreensão valorativa”²⁴.

A analogia se justifica, tendo em vista a regra lógica de que “fatos semelhantes exigem regras semelhantes (*ubi eadem ratio legis ibi eadem dispositio*)”²⁵.

A doutrina faz menção a duas modalidades de analogia²⁶.

Na analogia legal, também chamada analogia *legis*, aplica-se uma norma legal para regular a situação não prevista em lei.

Na analogia jurídica, também chamada analogia *juris*, a lacuna da lei é suprida aplicando-se os princípios gerais de direito²⁷ ou se obtém a regra, a ser aplicada ao caso não previsto especificamente na lei, com base num complexo de normas presentes no ordenamento jurídico²⁸.

A analogia não se confunde com a *interpretação extensiva*, pois nesta não se trata de aplicação de lei para reger hipótese não regulada e não abrangida pela previsão da norma em questão²⁹. Na interpretação extensiva, o que ocorre é a interpretação da mesma norma jurídica para hipótese que, na realidade, está nela inserida, embora a sua redação, por ser imperfeita, parecesse indicar de forma diversa³⁰.

Registre-se a existência de limites à utilização da analogia.

Desse modo, a analogia não é admitida nas leis penais incriminadoras, tendo em vista o princípio da legalidade da lei penal, conforme art. 5.º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988 (“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”), e art. 1.º do Código Penal. Nesse sentido, não é permitido o uso da analogia para criar delito penal ou cominar pena criminal que não estejam previstos expressamente na lei³¹. No Direito Penal, o que se admite é a aplicação da “analogia benéfica”, ou seja, apenas quando beneficiar o réu (*in bonam partem*)³².

A analogia também não se aplica no que se refere às leis excepcionais, ou seja, que regulem exceções, pois os casos ali não previstos são regidos pela lei geral³³.

No que se refere ao Direito Tributário, tendo em vista o princípio da legalidade, previsto no art. 150, inciso I, da Constituição Federal de 1988³⁴, o emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei, conforme art. 108, § 1.º, do Código Tributário Nacional.

¹ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 40. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1, p. 40.

² Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, revisão técnica Claudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 158-115: “a falta de uma norma se chama geralmente ‘lacuna’”.

³ Cf. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 283: “A lei tem lacunas, tem claros, mas o Direito interpretado como ordenamento da vida, este não pode ter lacunas, porque deverá ser encontrada, sempre, uma solução para cada conflito de interesses”.

Cf. ainda BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 115: “Por ‘completude’ entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso. [...] ‘completude’ significa ‘falta de lacunas’. Em outras palavras, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema”.

⁴ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 448-449.

⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1976. p. 338-339.

⁶ KELSEN, Hans. Op. cit., p. 340-341.

⁷ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 453-454.

⁸ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 453.

⁹ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 448.

¹⁰ MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 185.

Cf. ainda BOBBIO, Norberto. Op. cit., 147: “Entende-se também por ‘lacuna’ a falta não já de uma solução, qualquer que seja ela, mas de uma *solução satisfatória*, ou, em outras palavras, não já a falta de uma norma, mas a falta de uma *norma justa*, isto é, de uma norma que se desejaria que existisse, mas que não existe. Uma vez que essas lacunas derivam não da consideração do ordenamento jurídico como ele é, mas da comparação entre ordenamento jurídico como ele é e como deveria ser, foram chamadas de ‘ideológicas’, para distingui-las daquelas que eventualmente se encontrassem no ordenamento jurídico como ele é, e que se podem chamar ‘reais’”.

¹¹ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 293.

¹² Cf. BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 147.

¹³ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 293.

- ¹⁴ Cf. BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 146-149.
- ¹⁵ Cf. BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 149.
- ¹⁶ Cf. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, p. 23: “No silêncio da lei, portanto, deve o julgador, na ordem mencionada, lançar mão desses recursos, para não deixar insolvida a demanda”.
- ¹⁷ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 305.
- ¹⁸ Cf. NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 14.
- ¹⁹ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 85.
- ²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil*. 21. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1, p. 72.
- ²¹ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 41.
- ²² Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 41.
- Cf. ainda PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 73: “É preciso isolar o fato, já regulado, dos seus elementos acidentais e acessórios, e fixar o dispositivo essencial depurado dos fatos secundários, o pensamento central do legislador em relação com o fenômeno tratado e disciplinado. Colhida a relação de semelhança com a situação em exame, analisa-a à sua vez nos seus aspectos fundamentais, e só então, apurada a similitude de espécies, impõe-lhe a norma”.
- ²³ Cf. BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 153-154.
- ²⁴ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 293.
- ²⁵ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 41.
- ²⁶ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 42.
- ²⁷ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 294.
- ²⁸ Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 73.
- ²⁹ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 294: “o pressuposto do processo analógico é a existência reconhecida de uma lacuna na lei. Na interpretação extensiva, ao contrário, parte-se da admissão de que a norma existe, sendo suscetível de ser aplicada ao caso, desde que estendido o seu entendimento além do que usualmente se faz”.
- ³⁰ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 42.
- ³¹ Cf. JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1, p. 46.
- ³² Cf. JESUS, Damásio E. de. Op. cit., p. 48.
- ³³ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 43.
- ³⁴ “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei

que o estabeleça”.

INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO

Sumário: 1. Interpretação do Direito – 2. Aplicação do Direito: 2.1 Validade e eficácia da norma jurídica.

1. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

Interpretar a norma jurídica significa revelar o seu verdadeiro sentido, descobrindo os vários elementos que entram em sua compreensão, e alcance, reconhecendo os casos a que se estende sua aplicação¹.

As regras e princípios de interpretação constituem a Hermenêutica Jurídica, que é a teoria científica da interpretação do Direito².

Quanto às fontes, a interpretação pode ser assim classificada:

- *interpretação autêntica*: realizada pelo mesmo órgão ou poder que elaborou a norma jurídica;
- *interpretação jurisprudencial*: realizada pelos juízes e tribunais em seus julgamentos, ao decidir conflitos sob sua apreciação, ou seja, no exercício da atividade jurisdicional;
- *interpretação doutrinária*: realizada pelos juristas e pela doutrina.

Registre-se o entendimento de Kelsen, no sentido de que a interpretação jurídico-científica é considerada *não autêntica*, uma vez que apenas descreve os sentidos da norma jurídica, não podendo tomar qualquer decisão entre as possibilidades reveladas por essa atividade interpretativa. Já o órgão aplicador do Direito realiza uma operação de aplicação e interpretação das normas jurídicas gerais incidentes (por exemplo, o juiz, ao ter de decidir o caso concreto, aplica a norma jurídica geral, para o que precisa interpretá-la, produzindo a norma jurídica individual). Apenas a interpretação realizada pela autoridade competente, acompanhada da aplicação da norma jurídica, é que seria a *interpretação autêntica*³. Assim, para Kelsen: “Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”⁴.

Deve-se mencionar, ainda, o entendimento de Eros Roberto Grau, no sentido de que da interpretação do “texto” é que surge a “norma”, envolvendo, assim, uma expressão de poder. Como a interpretação do texto normativo (texto da lei) consiste em “*concretar a lei* em cada caso”, ao se interpretar se está aplicando a norma jurídica⁵. Nesse enfoque, interpretação e aplicação “não se realizam autonomamente”, mas integram “um processo unitário”⁶. Observa, ainda, que “todos os operadores do direito o interpretam, mas apenas uma certa categoria

deles realiza plenamente o processo de interpretação, até o seu ponto culminante, que se encontra no momento da definição da norma de decisão. Este, que está autorizado a ir além da interpretação tão-somente como produção das normas jurídicas, para delas extrair normas de decisão, é aquele que Kelsen chama de ‘intérprete autêntico’: o juiz”⁷.

Quanto aos meios ou técnicas interpretativas, a interpretação pode ser classificada em⁸:

- ***interpretação gramatical ou literal (semântica ou filológica)***: feita de acordo com as regras gramaticais e da linguística, examinando-se a literalidade do texto, observando a pontuação e o significado dos vocábulos (semântica);
- ***interpretação lógica***: examina-se a norma jurídica em conformidade com as regras da lógica, da razão e do bom senso;
- ***interpretação sistemática***: interpreta-se a norma jurídica em harmonia com o conjunto normativo em que está inserida, confrontando-a com outras normas presentes no ordenamento jurídico⁹;
- ***interpretação histórica***: interpreta-se a norma jurídica levando em conta os fatos que antecederam o seu surgimento, as necessidades jurídicas e circunstâncias que provocaram a sua aprovação.

Menciona-se, ainda, a *interpretação histórico-evolutiva*, no sentido de se interpretar a norma jurídica levando em contas as mudanças ocorridas desde o seu surgimento até o momento da aplicação, ou seja, adaptando-a conforme as condições da atualidade¹⁰.

- ***interpretação teleológica ou sociológica***: analisa-se a finalidade da norma jurídica, ou seja, o fim que pretende alcançar. De acordo com o art. 5.º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Frise-se que parte da doutrina distingue a interpretação teleológica da interpretação sociológica. Nesse sentido, a *interpretação teleológica* leva em conta a finalidade da norma jurídica, ou seja, os objetivos que ela pretende alcançar. A *interpretação sociológica*, por sua vez, refere-se aos fins sociais da norma jurídica, ou seja, procura interpretar a norma em conformidade com as necessidades da sociedade.

Pode-se entender por *fins sociais* aqueles “resultantes das linhas mestras traçadas pelo ordenamento político e visando ao bem-estar e à prosperidade do indivíduo e da sociedade”. Por sua vez, *exigências do bem comum* podem ser entendidas como “os elementos que impelem os homens para um ideal de justiça, aumentando-lhes a felicidade e contribuindo para

o seu aprimoramento”¹¹.

Quanto aos resultados ou efeitos, classifica-se a interpretação em¹²:

- ***interpretação declarativa***: quando a redação da norma jurídica corresponde exatamente ao seu alcance;
- ***interpretação extensiva***: quando a redação da norma jurídica diz menos do que o seu verdadeiro alcance;
- ***interpretação restritiva***: quando a redação da norma jurídica diz mais do que o seu verdadeiro alcance.

Vem se destacando, ainda, a chamada *interpretação conforme a Constituição*, decorrente da supremacia hierárquica das normas constitucionais (no caso das Constituições rígidas), bem como da presunção de constitucionalidade das leis. Desse modo, as leis e emendas constitucionais, quando permitirem interpretação em harmonia com a Constituição, não devem ser declaradas inconstitucionais¹³. Assim, se a norma jurídica apresentar diversas interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que esteja em consonância com a Constituição, evitando a declaração de sua inconstitucionalidade¹⁴.

Verificam-se movimentos, dando origem a Escolas, que seguem linhas distintas a respeito da interpretação do Direito.

A *Escola da Exegese*, que se destacou no século XIX, entendia que na lei positiva (especialmente o Código Civil, merecendo destaque o Código de Napoleão, na França) se encontra a possibilidade de solucionar todos os eventos sociais. A interpretação, assim, devia ficar restrita ao texto da lei, dando origem à chamada *jurisprudência conceitual*, a qual dava primazia aos preceitos jurídicos existentes na lei, mas não às estruturas sociais a respeito das quais os dispositivos se destinavam. Predominava, assim, a interpretação literal ou gramatical, e lógico-sistemática, buscando a intenção do legislador¹⁵.

A *Escola Histórica*, tendo como um de seus representantes Savigny, sustentava a chamada interpretação histórica do Direito. De acordo com essa Escola, a lei era vista como uma realidade histórica, situada na progressão do tempo, de modo que surge em razão de certas aspirações da sociedade na época. Mesmo assim, uma vez produzida a lei, ela deve acompanhar a evolução da sociedade. Não basta, portanto, descobrir a intenção do legislador por meio de atos que antecederam a aprovação da lei, sendo necessário verificar qual seria essa intenção se naquele tempo existissem as circunstâncias atuais. Desse modo, surge a teoria da *interpretação histórico-evolutiva*, procurando interpretar a norma jurídica de acordo com os novos fatos e realidades¹⁶. Registre-se que, na evolução de seu pensamento, Savigny passou

a sustentar que “as normas jurídicas deveriam ser interpretadas de acordo com os anseios, a cultura, as necessidades e o ambiente social do tempo em que se as aplica”, devendo o Direito exprimir o “espírito do povo” (*Volksgeist*)¹⁷.

A *Escola do Direito Livre* defende uma maior independência e liberdade do juiz em face do texto legal. Por meio da chamada “livre pesquisa do Direito”, cabe ao juiz descobrir a norma jurídica adequada, que esteja de acordo com os fatos sociais. Exige-se, assim, a aplicação de um Direito justo, que esteja em conformidade aos fatos sociais. Nesse sentido, há autores (como Kantorowicz) que chegam a defender que o *Direito justo* deva prevalecer seja na falta de previsão legal, seja contra a própria lei existente, havendo, assim, ampla liberdade do intérprete da norma jurídica¹⁸.

Na atualidade, destaca-se que a interpretação da norma jurídica exige uma compreensão prévia de seus *fins sociais*, para que se possa determinar o seu verdadeiro sentido e alcance. A interpretação teleológica passa a enfatizar que a finalidade da norma jurídica é o *valor* que ela como objetivo preservar ou garantir, levando-se em conta, ainda, a sua função no contexto global do Direito¹⁹.

Desse modo, sustenta-se que “toda interpretação jurídica é de natureza teleológica (finalística) fundada na *consistência axiológica* (valorativa) do Direito”. Além disso, “toda interpretação jurídica dá-se numa *estrutura de significações*, e não de forma isolada”. Portanto, “cada preceito significa algo situado no todo do ordenamento jurídico”²⁰.

O intérprete, assim, passa a desempenhar um “*trabalho construtivo de natureza axiológica*”, ao analisar o significado da norma jurídica, considerando as outras disposições do ordenamento, bem como os valores inseridos nas diversas normas jurídicas. A Hermenêutica do Direito apresenta um *caráter criador*, ao indicar a significação das normas de Direito, levando em conta, ainda, a evolução dos fatos e valores no decorrer do processo histórico. Ademais, reconhece-se o caráter unitário da interpretação, em que todos os métodos se correlacionam²¹.

No plano do Direito positivo e legislado, cabe o registro de que o Código Civil de 2002 apresenta algumas disposições referentes à forma de interpretação das declarações de vontade e dos negócios jurídicos, como aquelas destacadas a seguir.

Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem (art. 112).

Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração (art. 113).

Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente (art. 114).

De acordo com o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), as cláusulas

contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47).

2. APLICAÇÃO DO DIREITO

A aplicação do Direito é questão conexa com a sua *eficácia*.

Há entendimento de que a aplicação é uma “forma de eficácia”, de modo que *aplicar* a norma jurídica equivale a *assegurar* ou *concretizar a sua eficácia*²².

José Afonso da Silva, por sua vez, registra que “a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade na norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica”²³.

Mais precisamente, como observa Virgílio Afonso da Silva, *eficácia* é a “aptidão para produzir efeitos”, o que se diferencia dos efeitos propriamente. A *aplicabilidade* refere-se a “uma conexão entre fatos e normas”, tratando-se de “um conceito que envolve uma dimensão fática que não está presente no conceito de eficácia”. Concluindo a respeito dessa diferenciação, norma aplicável “é aquela que não somente é dotada de eficácia – capacidade de produzir efeitos –, mas, também, cujo suporte fático se conecta com os fatos de um determinado caso concreto”²⁴.

Por exemplo, a norma jurídica que regula a usucapião (art. 1.238 do Código Civil) é dotada de *eficácia*, ou seja, aptidão para produzir efeitos jurídicos (no caso, a aquisição da propriedade). Entretanto, a norma em questão não é *aplicável* na hipótese de se tratar de bem público, tendo em vista as disposições dos arts. 102 do Código Civil²⁵ e 183, § 3.º, da Constituição da República²⁶. Efetivamente, mesmo se alguém possuir como seu, sem interrupção nem oposição, um “imóvel público” por mais de quinze anos, não lhe adquire a propriedade²⁷.

Observe-se que o termo “eficácia” da norma jurídica, acima, está sendo utilizado no sentido da capacidade ou qualidade de produzir efeitos jurídicos, ou seja, de regular os fatos e relações sociais a que se refere (*eficácia jurídica*).

Cabe o alerta de que a doutrina correntemente utiliza o termo eficácia em sentido semelhante, mas diverso, de eficácia social, fática, ou “efetividade”, o que está relacionado ao cumprimento efetivo do Direito pela sociedade²⁸, ou seja, à verificação se os destinatários da norma jurídica ajustam ou não seus comportamentos à prescrição da norma jurídica²⁹.

A aplicação do Direito envolve a incidência da norma jurídica ao fato concreto, para se poder concluir quanto à adequação deste àquela (fato lícito) ou pela inadequação (fato ilícito)³⁰. Essa atividade é a principal função exercida pela jurisdição, ao decidir e estabelecer o Direito a ser aplicado ao caso concreto.

Adotando uma concepção formalista do Direito, entendia-se anteriormente que a

atividade de aplicação da norma jurídica podia ser reduzida a um *silogismo*, tendo como premissa maior a norma legal; premissa menor a enunciação do fato; e conclusão a decisão proferida.

No entanto, na realidade, a atividade de aplicação é bem mais complexa, pois envolve diversos atos de natureza lógica e axiológica, por exemplo, ao se definir a norma jurídica aplicável, dentre várias normas possíveis. Desse modo, a aplicação do Direito, ou seja, a subsunção do fato à norma jurídica, não se reduz a uma simples questão de lógica formal, sendo uma questão complexa, em que *fatores lógicos, axiológicos e fáticos se correlacionam de forma dialética*³¹.

Além disso, observa-se que a aplicação das normas jurídicas é atividade feita não apenas pelo juiz. O legislador, ao editar leis, aplica a Constituição. A autoridade administrativa, ao expedir atos administrativos, aplica normas jurídicas gerais. O particular, ao firmar contratos e testamentos, por exemplo, também aplica normas gerais³².

A aplicação da norma jurídica pode ser estudada no que se refere ao *tempo* e ao *espaço*, ou seja, à eficácia do Direito quanto aos momentos temporais de vigência e à eficácia do Direito no que se refere ao âmbito territorial de incidência³³.

A respeito da *eficácia territorial* da lei, em nosso caso, a brasileira, ela não se restringe ao território nacional, sabendo-se que a complexidade das relações e o intercâmbio social levam as pessoas e interesses para limites que extrapolam o território nacional, passando a fazer parte da “comunidade internacional”³⁴. Além disso, há situações em que o juiz brasileiro deve aplicar o Direito estrangeiro para regular certa relação jurídica. Os “conflitos” de leis no espaço são solucionados pelo Direito Internacional Privado, o qual prevê normas para definir qual a lei (ou seja, nacional ou estrangeira) a ser aplicada para regular certa relação jurídica envolvendo elementos de mais de um país³⁵.

A *vigência temporal* da norma jurídica refere-se ao tempo de sua atuação, ou seja, o período de tempo em que ela pode ser invocada para produzir efeitos³⁶.

Sobre essa *eficácia no tempo*, quanto ao início de obrigatoriedade da norma legal, de acordo com o art. 1.º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada. No entanto, é comum a lei prescrever sua entrada em vigor na data de publicação. Além disso, é possível que a lei fixe, para o futuro, a data em que entrará em vigor.

O período de tempo entre a publicação da lei e sua entrada em vigor denomina-se *vacatio legis*. Esse período se justifica para haver a divulgação mais ampla da nova lei. Enquanto o período de *vacatio legis* não terminar a lei não tem força obrigatória, ainda que já tenha sido publicada³⁷.

De acordo com o art. 8.º da Lei Complementar 95/1998, a qual dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis: “A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula ‘entra em vigor na data de sua publicação’ para as leis de pequena repercussão”.

O § 1.º do art. 8.º da Lei Complementar 95/1998, incluído pela Lei Complementar 107/2001, prevê que: “A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral”.

As leis que estabeleçam período de vacância deverão utilizar a cláusula ‘esta lei entra em vigor após decorridos (o número de) dias de sua publicação oficial’ (art. 8.º, § 2.º, da Lei Complementar 95/1998, incluído pela Lei Complementar 107/2001).

Registre-se que a promulgação da lei atesta a sua existência. No entanto, isso não se confunde com a vigência da lei³⁸, a qual apenas se inicia quando esta se torna obrigatória, podendo ser invocada para produzir efeito, conforme regulamentação acima indicada.

O *vigor* da norma jurídica, por sua vez, é entendido como “a qualidade da norma relativa à sua força vinculante, pela qual não há como subtrair-se ao seu comando”³⁹, ou seja, a “*força vinculante* que une a norma aos casos concretos”⁴⁰.

Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece (art. 3.º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).

Apesar disso, admite-se o chamado “erro de direito”. De acordo com o art. 139, inciso III, do Código Civil de 2002, o erro é substancial quando, “sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico”.

Conforme o art. 21 do Código Penal, o desconhecimento da lei é inescusável. No entanto, de acordo com o art. 65, inciso II, do mesmo Código, o desconhecimento da lei é uma circunstância que sempre atenua a pena.

Já em conformidade com a Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei 3.688/1941), art. 8.º, no caso de ignorância ou de errada compreensão da lei, quando escusáveis, a pena pode deixar de ser aplicada.

Nos Estados estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, inicia-se três meses depois de oficialmente publicada (art. 1.º, § 1.º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).

Se, antes de entrar a lei em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, destinada a correção, o prazo deste artigo e dos parágrafos anteriores começará a correr da nova publicação (art. 1.º, § 3.º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).

As correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova (art. 1.º, § 4.º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).

No entanto, registre-se que “simples erro tipográfico no texto da lei, quando evidente”, dispensa lei retificadora. Mesmo assim, caso a retificação seja feita por lei posterior, “esta não se considera lei nova”⁴¹.

Quanto ao *término ou cessação da vigência da norma legal*, de acordo com o art. 2.º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (art. 2.º, § 1.º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).

A revogação, assim, pode ser *expressa* ou *tácita* (quando houver incompatibilidade entre a lei nova e a anterior)⁴².

Em conformidade com o art. 9.º da Lei Complementar 95/1998, com redação determinada pela Lei Complementar 107/2001: “A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas”.

Sob outro enfoque, a doutrina faz menção a duas modalidades de revogação:

- ***ab-rogação***: revogação integral;
- ***derrogação***: revogação parcial.

A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior (art. 2.º, § 2.º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).

Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência (art. 2.º, § 3.º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).

Assim sendo, salvo previsão em contrário, a lei revogadora (L-3) de uma lei (L-2) que havia revogado, anteriormente, outra disposição legal (L-1), não possui o efeito repristinatório de restaurar a lei (L-1) que havia sido revogada anteriormente⁴³.

Cabe analisar, ainda, a questão dos conflitos sobre a aplicação ou eficácia das normas jurídicas no tempo.

De acordo com a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro:

“Art. 6.º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1.º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2.º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3.º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão final de que não caiba mais recurso”.

Assim sendo, a lei tem *efeito imediato*, mas *não retroativo*. Por isso, a lei se aplica aos fatos ocorridos a partir da sua vigência. Isso significa que, em regra, a lei não pode ser aplicada de forma retroativa.

Cabe ressaltar, no entanto, que se admite a chamada “retroação benéfica”⁴⁴, principalmente no Direito Penal, conforme art. 5.º, inciso XL, da Constituição Federal de 1988, e mesmo no Direito Tributário⁴⁵.

O *princípio da irretroatividade* insere-se como forma de manutenção e garantia da indispensável segurança jurídica⁴⁶.

O art. 5.º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988, prevê que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”⁴⁷.

O princípio da irretroatividade fundamenta a garantia constitucional do não prejuízo ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada⁴⁸. Por outro lado, além de ser vedada a aplicação retroativa da lei, mesmo em seu efeito imediato, fica assegurada a proteção ao direito adquirido⁴⁹.

Rubens Limongi França conceitua o direito adquirido como: “a consequência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo; consequência que, tendo passado a integrar o patrimônio material ou moral do sujeito, não se fez valer antes da vigência de lei nova sobre o mesmo objeto”⁵⁰.

Assim sendo, quanto à aplicação da lei no tempo, não se pode confundir a *eficácia imediata* da nova disposição normativa cogente, incidindo quanto a fatos futuros e situações ainda não consumadas, o que é permitido pelo sistema jurídico, com *eficácia retroativa*, atingindo o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada, o que é vedado, justamente para se resguardar a segurança nas relações sociais.

2.1 Validade e eficácia da norma jurídica

Para que a norma jurídica seja *obrigatória*, faz-se necessário que ela preencha os requisitos de *validade*.

De acordo com Miguel Reale, a validade da norma jurídica (em sentido amplo) pode ser enfocada sob três aspectos⁵¹:

- **validade formal ou técnico-jurídica:** “vigência”;
- **validade social:** “eficácia” ou efetividade;
- **validade ética:** fundamento.

A validade formal (técnico-jurídica) da norma de Direito significa a “executoriedade compulsória” ou obrigatoriedade formal da norma jurídica, por haver preenchido os requisitos essenciais à sua elaboração⁵².

Registre-se que o termo “vigência”, acima, foi utilizado em sentido diverso do corrente, em que vigência significa o período de tempo em que a norma legal produz efeitos (eficácia no tempo). A doutrina, em regra, diferencia a “validade” de “vigência” da norma jurídica, entendida esta em seu aspecto temporal (período de produção de efeitos)⁵³.

Vejamos os requisitos para a norma jurídica ser obrigatória (validade formal ou técnico-jurídica).

Primeiramente, a norma de Direito deve ser proveniente de um *órgão ou poder competente*, tendo este *competência material* para produzir a norma jurídica. Isso significa que o órgão que elaborou a norma jurídica deve ter sido constituído para esse fim, sendo competente e legítimo para produzi-la em relação à matéria sobre a qual ela versa⁵⁴.

Por exemplo, em se tratando de lei, a Constituição Federal de 1988 estabelece as matérias de competência legislativa privativa da União (art. 22), as matérias de competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal (art. 24), dispondo, ainda, no sentido de que são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas pela Constituição (art. 25, § 1.º), além de determinar a competência dos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, inciso I).

Além disso, para que a norma jurídica seja válida, é necessário que seja observado o *devido processo de formação da norma jurídica*. Assim, em se tratando de emendas à Constituição e normas legais, deve-se observar o processo legislativo, previsto na Constituição Federal de 1988 (arts. 49 e seguintes)⁵⁵.

Portanto, a validade da norma jurídica exige:

- poder competente;
- competência material;
- legitimidade do procedimento.

A *eficácia* da norma jurídica (como efetividade, “validade fática”⁵⁶), por sua vez, refere-se à “aplicação ou execução da norma jurídica”. A eficácia envolve os efeitos ou consequências da norma jurídica, estando relacionada ao cumprimento efetivo do Direito pela sociedade⁵⁷.

Na eficácia, o que se verifica é se os destinatários da norma jurídica ajustam ou não seus comportamentos à prescrição da norma jurídica, ou seja, se cumprem ou não seus mandamentos⁵⁸.

Cabe reiterar, como já mencionado, que o termo “eficácia” da norma jurídica também pode ser utilizado no sentido da qualidade ou capacidade de produzir efeitos jurídicos, regulando os fatos e relações sociais a que se refere, dizendo respeito “à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade na norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica”⁵⁹.

A vigência no tempo e a validade formal, portanto, não se confundem com a eficácia jurídica. Tanto é assim que há casos em que a lei já foi revogada, mas a eficácia dos atos praticados anteriormente à revogação deve ser respeitada⁶⁰.

As normas jurídicas, além da vigência (validade formal) e eficácia, têm um *fundamento axiológico* (validade ética). Este é o “valor ou fim” objetivado pela norma de Direito, ou seja, a sua razão de ser (*ratio legis*)⁶¹. Sobre esse aspecto, o valor *justiça* pode ser entendido como o fundamento supremo, de ordem axiológica, das normas jurídicas.

Efetivamente, as normas jurídicas buscam a realização de valores (como liberdade, ordem segurança etc.), com o intuito de alcançar fins necessários às relações sociais. As normas de Direito, assim, tem como objetivo “implantar uma ordem justa na vida social”. A justiça, portanto, é o fundamento, a razão de ser da norma jurídica. Isso significa que a norma jurídica é “o meio necessário para alcançar a finalidade de justiça almejada pela sociedade”⁶².

No que se refere às normas constitucionais, cabe registrar a seguinte classificação, levando em conta a sua aplicabilidade e eficácia jurídica⁶³:

- ***normas constitucionais de eficácia plena***: produzem (ou podem produzir) todos os seus efeitos essenciais desde a entrada em vigor da Constituição, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que regula (aplicabilidade direta, imediata e integral). Como exemplo, pode-se indicar o art. 62 da CF/1988: “Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”;
- ***normas constitucionais de eficácia contida***: produzem (ou podem produzir) todos

os seus efeitos pretendidos desde a entrada em vigor da Constituição, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que regula, “mas prevêm meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites”⁶⁴. Desse modo, apresentam aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral. Como exemplo, pode-se indicar o art. 5.º, inciso VIII, da CF/1988: “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”;

- ***normas constitucionais de eficácia limitada:*** não produzem, com a entrada em vigor da Constituição, todos os seus efeitos essenciais, uma vez que “o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado”⁶⁵. Logo, são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida. Como exemplo, pode-se indicar o art. 32, § 4.º, da CF/1988: “Lei federal disporá sobre a utilização, pelo Governo do Distrito Federal, das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar”.

Ainda no âmbito da Ciência do Direito Constitucional, a doutrina mais tradicional, por sua vez, assim classifica as normas constitucionais quanto à eficácia ou aplicabilidade:

- ***normas constitucionais autoaplicáveis ou autoexecutáveis:*** desde logo aplicáveis, pois já regulam de forma completa e definida a matéria de que tratam;
- ***normas constitucionais não autoaplicáveis ou não autoexecutáveis:*** dependem de posterior regulamentação legal para a sua aplicabilidade⁶⁶.

-
- ¹ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 40. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1, p. 35-36.
- ² Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e interpretação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 1.
- ³ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 428-429; KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1976. p. 463-473.
- ⁴ KELSEN, Hans. Op. cit., p. 463.
- ⁵ Cf. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 153.
- ⁶ Cf. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 90.
- ⁷ Cf. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., p. 28.
- ⁸ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 434-438.
- ⁹ Registre-se, no entanto, o entendimento de que a interpretação lógico-sistemática constitui um só método. Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 275-276: “Interpretar logicamente um texto de Direito é situá-lo ao mesmo tempo no sistema geral do ordenamento jurídico. A nosso ver, não se compreende, com efeito, qualquer separação entre a interpretação lógica e a sistemática. São antes aspectos de um mesmo trabalho de ordem lógica, visto como as regras de direito devem ser entendidas organicamente, estando umas na dependência das outras, exigindo-se reciprocamente através de um nexos que a *ratio juris* explica e determina”.
- ¹⁰ Cf. NETO, Pedro Vidal. *Estudo sobre a interpretação e aplicação do direito do trabalho*. 1985, f. 50-51. Tese (Livre-docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- ¹¹ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 38.
- ¹² Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 439-440.
- ¹³ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 518.
- ¹⁴ Cf. MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 274-275: “Portanto, não terá cabimento a *interpretação conforme a Constituição* quando contrariar texto expresso da lei, que não permita qualquer interpretação em conformidade com a Constituição, pois o Poder Judiciário não poderá, substituindo-se ao Poder Legislativo (leis) ou Executivo (medidas provisórias), atuar como *legislador positivo*, de forma a criar um novo texto legal. Nessas hipóteses, o Judiciário deverá declarar a inconstitucionalidade da lei ou do

ato normativo incompatível com a Constituição. A finalidade, portanto, dessa regra interpretativa é possibilitar a manutenção no ordenamento jurídico das leis e atos normativos editados pelo poder competente que guardem valor interpretativo compatível com o texto constitucional”.

¹⁵ Cf. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 274-276.

¹⁶ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 277-279.

¹⁷ Cf. MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 195.

¹⁸ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 280-285.

¹⁹ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 286.

Cf. ainda DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 428: “Ao se interpretar a norma, deve-se procurar compreendê-la em atenção aos fins sociais e aos valores que pretende garantir. O ato interpretativo não se resume, portanto, em simples operação mental, reduzida a meras inferências lógicas a partir das normas, pois o intérprete deve levar em conta o coeficiente axiológico e social nela contido, baseado no momento histórico em que está vivendo”.

²⁰ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 287.

²¹ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 280-285.

²² Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 295-296.

²³ Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 66.

²⁴ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 55-56.

²⁵ “Art. 102. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião”.

²⁶ “§ 3.º – Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”.

²⁷ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 56.

²⁸ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 114.

²⁹ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 404. Sobre os dois sentidos da palavra eficácia, cf. SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 65-66.

³⁰ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 295.

³¹ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 297-298.

³² Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 418.

³³ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 295.

³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil*. 21. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1, p. 167.

³⁵ Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 170-171: “o direito internacional privado

não fornece regras de conduta individual. Não constitui seu objeto regular as relações intersubjetivas ou *materiais*, entre súditos de Estados vários. Diante de uma situação jurídica disciplinada diversamente por mais de uma legislação e envolvendo efeitos diferentes em decorrência da existência de normas legais em conflito, cabe ao direito internacional privado indicar qual dos sistemas jurídicos fornecerá os princípios de aplicação à espécie. Feito isto, o problema interespacial cessa, e o órgão julgante dirá a palavra jurisdicional na conformidade de regra de direito interno, editada pela legislação apontada”.

Sobre o tema tratado, esclareça-se que a norma jurídica (a ser aplicada para regular a relação jurídica de direito material) pode ser do próprio país do órgão julgador (lei nacional), ou de outro país (lei estrangeira), aspecto este definido justamente por meio das normas de Direito Internacional Privado.

³⁶ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 397.

³⁷ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 26-27.

³⁸ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 397.

³⁹ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 398.

⁴⁰ MASCARO, Alysson Leandro. Op. cit., p. 166.

⁴¹ MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 25.

⁴² Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 400.

⁴³ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 400.

⁴⁴ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. In: BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2 (arts. 5.º a 17), p. 210.

⁴⁵ Cf. BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. v. 1, p. 34: “Pode, no entanto, o legislador determinar, por exemplo, o alcance de situações passadas, ou em curso, mas para beneficiar os interessados (retroatividade benéfica), como em certas relações de Direito Tributário e de Direito Penal. Deve ser, no entanto, explicitada tal característica, pois não se admite retroatividade virtual ou inata, ou seja, inexistente lei retroativa por índole. A regra é a referida irretroatividade”.

⁴⁶ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 412: “Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída. Realmente, uma lei é feita para vigorar e produzir seus efeitos para o futuro”.

⁴⁷ Registre-se que, acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “o ato jurídico perfeito e a coisa julgada são respeitados como fontes de direitos subjetivos adquiridos”. Assim, conforme este autor: “O fundamental é a proteção destes para a segurança das relações jurídicas” (*Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 261).

⁴⁸ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 30: “Sobre ele [o princípio da

irretroatividade] se assentam a estabilidade dos direitos adquiridos, a intangibilidade dos atos jurídicos perfeitos e a invulnerabilidade da coisa julgada, que, entre nós, constituem garantias constitucionais”.

- ⁴⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 197: “A proteção ao direito adquirido é mais do que a mera irretroatividade – insista-se ainda mais uma vez. Ela importa, no fundo, uma limitação ao efeito imediato da lei. [...] Configura-se, portanto, um *plus* em relação à mera irretroatividade”.
- ⁵⁰ FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 3. ed. São Paulo: RT, 1982. p. 208.
- ⁵¹ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 105.
- ⁵² Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 108.
- ⁵³ Cf. MASCARO, Alysso Leandro. Op. cit., p. 164-165.
- ⁵⁴ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 106-110.
- ⁵⁵ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 110.
- ⁵⁶ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 404.
- ⁵⁷ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 114.
- ⁵⁸ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 404.
- ⁵⁹ Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 66.
- ⁶⁰ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 114.
- ⁶¹ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 115.
- ⁶² DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 405-406.
- ⁶³ Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 82-83.
- ⁶⁴ Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 82.
- ⁶⁵ Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 82-83.
- ⁶⁶ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 11.

DIREITO PRIVADO:

Direito Civil, Direito Comercial, Direito do Trabalho

Sumário: 1. Direito Público e Direito Privado – 2. Direito Civil
– 3. Direito Comercial – 4. Direito do Trabalho.

1. DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO

É tradicional a divisão do Direito em Direito Público e Direito Privado, distinção esta que tem origem no Direito Romano. O Direito Público era aquele concernente às questões que envolviam o governo romano, e o Privado o que disciplinava os interesses particulares¹.

No entanto, a doutrina mais atual aponta que esse “critério da utilidade ou do interesse visado pela norma é falho”, uma vez que não há como se afirmar, com segurança, se o interesse protegido é do Estado ou dos indivíduos, sabendo-se que nenhuma norma atinge “apenas” os interesses do Estado ou do indivíduo, mas sim há uma correlação e, frequentemente, uma interpenetração dos interesses individuais e sociais².

Observa-se, ainda, a distinção conforme o *sujeito*. Nesse enfoque, o Direito Público abrange as normas que têm como destinatário o Estado. O Direito Privado, por sua vez, refere-se às normas que se destinam aos particulares. Esse critério, contudo, também é imperfeito, pois o Estado pode figurar em relações jurídicas em que exerça funções tipicamente privadas³.

Como mencionado, a doutrina tradicional define o Direito Público como o “destinado a disciplinar os interesses gerais da coletividade (*publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat*)”. Nessa linha, Direito Privado é entendido como “o conjunto de preceitos reguladores das relações dos indivíduos entre si (*privatum, quod ad singulorum utilitatem*)”⁴. Enquanto o Direito Público refere-se à organização do Estado, o Direito Privado disciplina os interesses dos particulares⁵.

Há entendimento, ainda, de que o fundamento da distinção seria o “interesse preponderante”. Nesse sentido, o Direito Público abrangeria as normas de interesse direto da sociedade (e indireto do indivíduo); o Direito Privado seria referente às normas de interesse direto dos indivíduos (e indireto ou mediato do Estado). No entanto, aponta-se que esse critério também é insatisfatório, pois os interesses estão interligados, dificultando saber qual aquele que prepondera⁶.

Para outra corrente, no Direito Público a relação jurídica é de “subordinação”, visto que o Estado participa em posição superior, exercendo sua função de mando, havendo a proteção de interesses preponderantemente públicos. No Direito Privado, a relação jurídica é de “coordenação”, uma vez que as partes figuram em posição de igualdade, havendo a proteção de interesses preponderantemente particulares⁷.

Na realidade, entende-se não ser possível uma distinção “absoluta ou perfeita” entre Direito Público e Direito Privado, por não se tratar de duas esferas totalmente estanques,

havendo frequente intercomunicação⁸. No entanto, essa divisão permanece sendo aceita, por ser útil e necessária na Ciência do Direito e mesmo para fins didáticos⁹.

Na atualidade, procura-se conjugar o aspecto objetivo ao subjetivo para se obter a diferenciação em estudo.

Nesse enfoque, o Direito Público regula as relações em que o Estado é considerado em si mesmo, em relação com outros Estados, bem como em suas relações com os particulares, “quando procede em razão de seu poder soberano” ou de império. O Direito Privado, por sua vez, disciplina as relações entre particulares, aqui incluídos os entes privados e também relações com o Estado, quando este não participa da relação jurídica na posição de poder soberano ou de império¹⁰.

Desse modo, de acordo com o entendimento que vem prevalecendo na doutrina, o Direito Público pode ser assim classificado:

- ***Direito Público interno:*** dele fazendo parte o Direito Constitucional, o Direito Administrativo, o Direito Tributário, o Direito Financeiro, o Direito Econômico, o Direito Processual, o Direito Penal, o Direito da Seguridade Social, o Direito Ambiental e o Direito Internacional Privado;
- ***Direito Público externo:*** dele fazendo parte o Direito Internacional Público.

Ainda de acordo com o entendimento predominante na doutrina atual, o *Direito Privado*, por sua vez, abrange, em linhas gerais, o Direito Civil, o Direito Comercial, o Direito do Consumidor e o Direito do Trabalho¹¹.

Há autores que destacam a existência, na atualidade, de um terceiro grupo de direitos (intermediário entre o Direito Público e o Direito Privado), ou seja, os chamados *Direitos Difusos*, tratando de direitos metaindividuais, tendo como titulares pessoas indeterminadas em um mesmo contexto jurídico. Estariam neles inseridos os “novos direitos sociais”, abrangendo o Direito do Trabalho, o Direito Econômico, o Direito da Seguridade Social, o Direito do Consumidor e o Direito Ambiental¹².

2. DIREITO CIVIL

O Direito Civil é visto como o Direito Privado “por excelência”, pois regula as relações dos particulares entre si, com fundamento na igualdade jurídica (relações jurídicas de coordenação) e na autodeterminação (autonomia privada)¹³.

As normas essenciais relativas às atividades jurídicas dos particulares estão presentes no

Direito Civil, sendo, assim, entendido como o “Direito comum” a todas as pessoas (com abstração de sua condição, função ou profissão exercida)¹⁴, pois os outros ramos do Direito Privado enfocam aspectos mais especializados¹⁵.

Várias são as definições encontradas de Direito Civil.

Levando em conta a qualidade dos *sujeitos* da relação jurídica envolvida, o Direito Civil poderia ser conceituado como o ramo do Direito que regula as relações jurídicas dos particulares.

No entanto, o critério subjetivo não se apresenta o melhor, sabendo-se que podem existir relações jurídicas entre particulares e entes públicos, bem como entre estes, regidas pelo Direito Privado. Além disso, há relações jurídicas das quais os particulares participam, mas reguladas pelo Direito Público¹⁶.

Assim, tendo como critério objetivo, do *conteúdo* da relação jurídica disciplinada, o Direito Civil pode ser conceituado como o ramo do Direito que regula os interesses privados ou particulares.

Em definição mais analítica, o Direito Civil é o ramo do Direito que estabelece normas jurídicas sobre a pessoa em si considerada, nas suas relações em face dos bens e nas relações de família, sucessões e obrigacionais¹⁷.

As matérias objeto do Direito Civil são classificadas de formas distintas em consonância com o sistema adotado, conforme exposição a seguir¹⁸.

De acordo com o *sistema romano*, baseado nas *Institutas* (do Imperador Justiniano), o Direito Civil divide-se em três partes: pessoas, coisas e ações.

No entanto, a matéria pertinente às “ações”, na atualidade, passou a ser objeto do Direito Processual.

No *sistema francês*, adotado no Código de Napoleão, de 1804, a divisão do Direito Civil refere-se a: pessoas, coisas e modos diversos de adquirir a propriedade. Nesta última parte são inseridas outras matérias, embora sem conexão lógica, como: sucessões, obrigações, regimes matrimoniais, privilégios e prescrição. Entretanto, a crítica que se faz é no sentido da falta de lógica na disposição das matérias.

O *sistema germânico*, inspirado na obra de Savigny, adotado pelo Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*), de 1900, divide o Direito Civil em duas partes principais: uma geral e outra especial. Na *parte geral* são tratadas as normas comuns às diferentes relações jurídicas. Na *parte especial*, a matéria é assim distribuída: Direito das Obrigações, Direito das Coisas, Direito de Família, Direito das Sucessões.

O *sistema italiano*, por sua vez, apresenta a divisão da matéria em família, sucessões, propriedade e obrigações, seguindo-se os livros do trabalho e tutela dos direitos, conforme

Código Civil italiano de 1942.

No Brasil, prevalece o sistema alemão, sendo o Código Civil a “lei fundamental” do Direito Civil¹⁹. Desse modo, no Código Civil de 1916 (Lei 3.071, de 1.º de janeiro de 1916), já revogado, havia uma Parte Geral e uma Parte Especial, sendo esta dividida em Direito de Família, Direito das Coisas, Direito das Obrigações e Direito das Sucessões.

O Código Civil em vigor (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002) apresenta uma Parte Geral e uma Parte Especial, contendo esta última os seguintes livros: Direito das Obrigações, Direito de Empresa (matéria esta que, anteriormente, era tratada no Direito Comercial), Direito das Coisas, Direito de Família, Direito das Sucessões. Há, por fim, um Livro Complementar, com disposições finais e transitórias²⁰. A Parte Geral apresenta normas pertinentes às pessoas, bens e fatos jurídicos, englobando os negócios jurídicos (inclusive defeitos e invalidades), atos jurídicos, atos ilícitos, prescrição e decadência e prova.

Esclareça-se que a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, ementa com redação decorrente da Lei 12.376/2010), na realidade, disciplina as próprias normas jurídicas em si, sendo, portanto, aplicável ao Direito como um todo, sem se limitar ao âmbito do Direito Civil. Nesse sentido, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro apresenta a regulação de questões essenciais para o ordenamento jurídico, como: vigência e eficácia das normas jurídicas; solução de conflitos de normas jurídicas no tempo e no espaço; critérios de interpretação das normas jurídicas; critérios de integração do Direito, no caso de lacunas; garantia de eficácia, certeza, segurança e estabilidade da ordem jurídica²¹.

De acordo com Miguel Reale, o Direito Civil apresenta os seguintes princípios essenciais: princípio da personalidade (no sentido de que toda pessoa é sujeito de direitos e deveres); princípio da autonomia da vontade (reconhecendo a capacidade jurídica das pessoas de praticar certos atos, ou deles se abster); princípio da liberdade de estipulação negocial (reconhecendo o poder de estabelecer relações jurídicas e firmar negócios jurídicos); princípio da propriedade (possibilidade da pessoa ser titular de bens móveis e imóveis, que passam a integrar o seu patrimônio jurídico); princípio da intangibilidade familiar; princípios da legitimidade da herança e do direito de testar; princípio da solidariedade social (pertinente à função social dos direitos civis, da propriedade e dos negócios jurídicos), representando a superação da concepção individualista, alcançando a “socialização” ou “humanização” do Direito²².

O Direito Civil, portanto, abrange: os *direitos pessoais* (relativos à pessoa considerada em si mesmo); os *direitos obrigacionais* (tendo em vista o poder de constituir relações jurídicas e negócios jurídicos); os *direitos associativos* (relativos à constituição de pessoas jurídicas); os *direitos reais* (como aqueles pertinentes à posse e à propriedade); os *direitos de*

família (englobando normas sobre casamento e união estável); os *direitos de sucessão* (relativos à sucessão *mortis causa*)²³.

Cabe registrar, ainda, a corrente que procura enfatizar o chamado “Direito Civil Constitucional”, destacando que na interpretação do Código Civil merecem destaque os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, incidentes também nas relações privadas, gerando o que se chama de “constitucionalização” do Direito Privado²⁴. Nesse enfoque, defende-se a chamada “eficácia horizontal dos direitos humanos fundamentais”, ou seja, a sua aplicação entre particulares²⁵.

Desse modo, a “dignidade da pessoa humana”, valor supremo que revela o “caráter único e insubstituível da cada ser humano”²⁶, figurando como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1.º, inciso III, da CF/1988)²⁷, passa a ter incidência primordial também nas relações civis e privadas.

Muito discutida, ainda, é a questão da *unificação do Direito Privado*, ou seja, do Direito Civil e do Direito Comercial.

Os defensores da unificação argumentam que a regulação diferenciada seria contrária ao princípio da igualdade de todos perante a lei, enquanto os defensores da separação consideram ser necessária e científica a especialização²⁸.

No Brasil, a orientação que se tornou predominante foi no sentido da unificação parcial, no aspecto de inserção num mesmo diploma legal da matéria relativa ao Direito das Obrigações. Mesmo assim, discutiu-se a respeito da elaboração de um Código das Obrigações, ou da unificação das obrigações em geral no próprio Código Civil²⁹, sendo esta última posição a que prevaleceu no Código Civil de 2002.

Na realidade, deve-se destacar que a mencionada unificação não afasta o Direito Comercial como campo autônomo de pesquisa, o qual permanece não apenas contando com leis especiais (por exemplo, regulando a falência), mas também regulando atividades empresariais³⁰. A própria Constituição Federal de 1988 permanece prevendo, no art. 22, inciso I, a competência privativa da União para legislar sobre Direito Civil e Direito Comercial.

No presente, o Código Civil de 2002 passou a abranger as normas fundamentais do Direito Comercial (também chamado Direito Empresarial)³¹, com enfoque na unificação, essencialmente, do Direito das Obrigações, disciplinando a matéria no mesmo diploma legal³².

Registre-se que no Código Civil de 2002, o Livro II, da sua Parte Especial, trata do “Direito de Empresa”. Diversas leis especiais continuam a tratar de temas do Direito Comercial, como é o caso da Lei de falência e recuperação judicial e extrajudicial de

empresas (Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005).

3. DIREITO COMERCIAL

O Direito Comercial, como ramo do Direito Privado, é um desdobramento ou uma especialização do Direito Civil³³.

Em sua origem, o Direito Comercial era um Direito aplicado a certa classe, qual seja, dos comerciantes e mercadores.

Nessa linha, anteriormente, entendia-se o Direito Comercial como o ramo do Direito que regulava os atos de comércio, bem como os direitos e obrigações das pessoas que o exercem profissionalmente.

Os *atos de comércio* eram classificados em: atos de comércio por natureza (em que havia mediação com fim de lucro); atos de comércio por conexão (atos de natureza civil que se transformavam em comerciais quando praticados em razão de atividade mercantil); atos de comércio por força de lei (considerados comerciais por determinação legal, independentemente de sua natureza)³⁴.

Atualmente, adota-se o critério objetivo, entendendo-se que o Direito Comercial é o ramo do Direito que regula a *atividade empresarial*.

Como se nota, não mais prevalece a teoria do ato de comércio, por se tratar do ramo do Direito que regula a *atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens e serviços no mercado*³⁵. Ou seja, o Direito Comercial disciplina a atividade econômica, realizada mediante a *organização dos fatores de produção* (capital, trabalho, recursos naturais e materiais e tecnologia), com o fim de circulação das riquezas³⁶.

Por isso, o Direito Comercial, atualmente, também é chamado de Direito Empresarial, tendo como objeto a disciplina da atividade empresarial, inclusive quando exercida por sociedades empresárias.

Essa atual orientação é adotada no próprio Código Civil de 2002, o qual leva em conta a chamada “teoria da empresa”³⁷, tendo revogado a primeira parte do Código Comercial (Lei 556, de 25 de junho de 1850).

4. DIREITO DO TRABALHO

O Direito do Trabalho, em sua origem, pode ser considerado uma especialização do Direito Civil, tendo adquirido autonomia científica na atualidade³⁸.

O contrato de trabalho, assim, passou a se distinguir do contrato de locação de serviços,

referindo-se à relação de emprego, em que o trabalho é prestado por pessoa física, mediante pessoalidade, subordinação, não eventualidade e onerosidade.

O Direito do Trabalho pode ser definido como o ramo do Direito que regula as relações de emprego e outras relações de trabalho semelhantes³⁹.

Como ramo do Direito, ele é composto de normas jurídicas, aqui incluídas as regras e os princípios, que estabelecem comandos com o fim de assegurar valores relevantes para a sociedade, como o da justiça social, tendo em vista certos elementos de fato. Observam-se entes organizados que criam (produzem) e aplicam as referidas normas, no caso, o Estado e certas organizações profissionais e econômicas (entes sindicais). No Direito do Trabalho, em razão do pluralismo das fontes normativas, observa-se a existência de normas jurídicas estatais e não estatais.

O Direito do Trabalho disciplina, essencialmente, as relações de emprego. No entanto, outras relações de trabalho semelhantes também são reguladas pelo ramo do Direito aqui definido, como ocorre com o trabalhador avulso.

O Direito do Trabalho, além de ser objeto de disposições na Constituição Federal (arts. 7.º a 11), tem como principal diploma legal a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei 5.452, de 1.º de maio de 1943), contando, ainda, com diversas leis esparsas sobre a matéria.

A finalidade do Direito do Trabalho é estabelecer medidas protetoras ao trabalho, assegurando condições dignas de labor. Esse ramo do Direito apresenta disposições de natureza tutelar à parte economicamente mais fraca da relação jurídica, de forma a possibilitar uma melhoria das condições sociais do trabalhador.

O Direito do Trabalho é formado do *Direito Individual do Trabalho* e do *Direito Coletivo do Trabalho*, os quais são considerados segmentos integrantes do primeiro.

Para fins didáticos e científicos, no estudo do Direito do Trabalho, observa-se uma Teoria Geral, o Direito Individual do Trabalho e o Direito Coletivo do Trabalho.

Não pertence ao Direito do Trabalho o Direito Processual do Trabalho, pois este apresenta natureza e características distintas, relacionadas ao Direito Processual. O Direito Internacional do Trabalho, na realidade, é segmento do Direito Internacional Público. O Direito da Seguridade Social também é considerado autônomo do Direito do Trabalho, apresentando natureza e matéria distintas. O Direito Penal do Trabalho, por sua vez, faz parte do Direito Penal.

A Teoria Geral do Direito do Trabalho engloba, entre outras, as questões pertinentes à autonomia, natureza jurídica, fontes, interpretação, integração e eficácia desse ramo do Direito.

O Direito Individual do Trabalho, em linhas gerais, trata da relação individual de

emprego e outras relações de trabalho semelhantes (como o trabalho avulso), tendo como figura nuclear o contrato de trabalho, seu início, desenvolvimento e término.

Cabe destacar que parte da doutrina faz menção ao chamado Direito Tutelar do Trabalho, englobando normas de proteção ao trabalhador, como as pertinentes à Segurança e Medicina do Trabalho, jornada de trabalho e repouso do trabalhador. No entanto, pode-se defender que os referidos temas são pertinentes ao conteúdo do contrato de trabalho, integrando o próprio Direito Individual do Trabalho.

O Direito Coletivo do Trabalho, por sua vez, tem por objeto os diversos aspectos das relações coletivas de trabalho, com destaque à organização sindical, à negociação coletiva e aos instrumentos normativos decorrentes, bem como à representação dos trabalhadores na empresa, aos conflitos coletivos e à greve.

Por fim, as questões pertinentes à inspeção do trabalho, realizada pelos órgãos do Ministério do Trabalho e Emprego, integram o que parte da doutrina denomina de Direito Público do Trabalho, disciplinando as relações do Estado com empregadores e do Estado com trabalhadores. Assim, essa matéria também pode receber a denominação de Direito Administrativo do Trabalho, mas com a ressalva de que não se confunde com a disciplina da relação jurídica de servidores públicos regidos pelo Direito Administrativo.

Discute-se a respeito da natureza jurídica do Direito do Trabalho, tendo em vista a clássica divisão em Direito Público e Direito Privado.

No Direito do Trabalho observam-se diversas normas de caráter cogente, ou seja, com natureza de ordem pública. Isso, no entanto, não significa que o Direito do Trabalho seja considerado Direito Público, pois não regula, de forma preponderante, relação jurídica em que figura o Estado, em posição de soberania ou de império, nem o exercício de atividade ou poder estatal. O caráter imperativo de certas normas jurídicas apenas significa a relevância, para a sociedade, na sua observância. Desse modo, não mais prevalece o entendimento que defendia ser o Direito do Trabalho ramo do Direito Público.

Cabe fazer menção, ainda, às teorias denominadas: Direito Social, Direito Misto, Direito Unitário.

Conforme a teoria do Direito Social, o Direito do Trabalho é gênero distinto dos ramos público e privado, com a finalidade de proteger os “hipossuficientes”. No entanto, todos os ramos do Direito, por natureza, são sociais, pois regulam as diversas relações em sociedade.

A teoria do Direito Misto defende que o Direito do Trabalho engloba relações privadas e relações públicas. Na realidade, a presença de normas de Direito Privado e outras de caráter público também se verifica em outros ramos do Direito Privado, como o Direito Civil, do qual faz parte o Direito de Família. A divisão em Direito Público e Privado apresenta caráter

didático, conforme as características preponderantes em cada ramo do Direito.

De acordo com a teoria do Direito Unitário, o Direito do Trabalho é o resultado da fusão do Direito Público e Privado, destacando-se a sua unidade. Como já mencionado, a simples presença de certas normas de ordem pública não acarreta a natureza de Direito Público, nem faz com que surja um terceiro gênero na classificação didática sugerida.

O entendimento mais adequado e que prevalece é no sentido de ser o Direito do Trabalho ramo do Direito Privado⁴⁰, tendo como instituto central o próprio contrato de trabalho, regulando, de forma preponderante, os interesses dos particulares envolvidos na relação de emprego, ou seja, empregado e empregador⁴¹. No âmbito coletivo, o princípio da liberdade sindical (art. 8.º, inciso I, da CF/1988), vedando a interferência do Estado na organização sindical, confirma a natureza privada do Direito do Trabalho.

-
- ¹ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 251.
- ² Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 251.
- ³ Cf. MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 107.
- ⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 40. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 9-10.
- ⁵ Cf. MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 23.
- ⁶ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 252.
- ⁷ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 254; REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 337.
- ⁸ Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil*. 21. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1, p. 14-15: “Constitui o direito uma unidade conceitual no plano filosófico, uma unidade orgânica no plano científico, uma unidade teleológica no plano social. Não obstante a unidade fundamental, os princípios jurídicos se agrupam em duas categorias, constituindo a primeira o *direito público* e a segunda o *direito privado*. Não há cogitar, porém, de dois compartimentos herméticos, incomunicáveis, estabelecendo uma separação total e absoluta das normas públicas e das normas privadas. Ao revés, intercomunicam-se com frequência constante, tão assídua que muitas vezes se encontram regras atinentes ao direito público nos complexos legais de direito privado, e, vice-versa, diplomas de natureza privada envolvendo inequivocamente preceitos juspúblicos. A interpenetração dos conceitos não permite o traçado de uma linha lindeira de extrema nitidez entre umas e outras disposições. E, se é certo que normas existem que se identificam como *ius publicum* puramente, e outras que formam *ius privatum*, precisamente, uma zona de interferência recíproca se delinea, em que é difícil caracterizar com justeza a sua natureza privada ou pública”.
- ⁹ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 255-256.
- ¹⁰ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 255.
- ¹¹ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 257; GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. rev., atual. e aum. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 17.
- ¹² Cf. KÜMPEL, Vitor Frederico. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Método, 2007. p. 35 e p. 39-41.
- ¹³ Cf. GOMES, Orlando. Op. cit., p. 28.
- ¹⁴ Cf. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 353; DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 268.

¹⁵ Cf. GOMES, Orlando. Op. cit., p. 31-32.

¹⁶ Cf. GOMES, Orlando. Op. cit., p. 27.

¹⁷ Cf. GOMES, Orlando. Op. cit., p. 27-28.

¹⁸ Cf. GOMES, Orlando. Op. cit., p. 29-30.

¹⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 10.

Cf. ainda REALE, Miguel. Op. cit., p. 354: “Costumamos dizer que o Código Civil é a *constituição do homem comum*, isto é, do que há de comum entre todos os homens. Na verdade, a Lei Civil não considera os seres humanos enquanto se diversificam por seus títulos de cultura, ou por sua categoria social, mas enquanto são pessoas garantidamente situadas, com direitos e deveres, na sua qualidade de esposo ou esposa, pai ou filho, credor ou devedor, alienante ou adquirente, proprietário ou possuidor, condômino ou vizinho, testador ou herdeiro etc.”.

²⁰ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 55-60.

²¹ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 273.

²² Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 355-356.

²³ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 356.

²⁴ Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil*. 21. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1, p. 23.

²⁵ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 398: “Para além de vincularem todos os poderes públicos, os direitos fundamentais exercem sua eficácia vinculante também na esfera jurídico-privada, isto é, no âmbito das relações jurídicas entre particulares. Esta temática, por sua vez, tem sido versada principalmente sob os títulos eficácia privada, eficácia externa (ou eficácia em relação a terceiros) ou horizontal dos direitos fundamentais”.

Cf. ainda PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 24: “Diante da primazia da Constituição Federal, os *direitos fundamentais* passaram a ser dotados da mesma força cogente nas relações públicas e nas relações privadas”.

²⁶ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 31.

²⁷ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 642.

²⁸ Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 25-26; GOMES, Orlando. Op. cit., p. 20-21.

²⁹ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 361-362.

³⁰ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 361.

³¹ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 363: “O Direito Comercial não pode, nem deve desaparecer, embora as suas normas fundamentais passem a integrar o Código Civil”.

- ³² Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 27; MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 10.
- ³³ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 358.
- ³⁴ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 274.
- ³⁵ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 274.
- ³⁶ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 358.
- ³⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 8-11.
- ³⁸ Cf. GOMES, Orlando. Op. cit., p. 22-23.
- ³⁹ Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 42.
- ⁴⁰ Cf. GOMES, Orlando. Op. cit., p. 22; MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 25.
- ⁴¹ Cf. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 74.

X

DIREITO PÚBLICO:

Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Econômico, Direito Financeiro, Direito Tributário, Direito Processual, Direito Penal, Direito da Seguridade Social

Sumário: 1. Direito Constitucional – 2. Direito Administrativo – 3. Direito Econômico – 4. Direito Financeiro – 5. Direito Tributário – 6. Direito Processual – 7. Direito Penal – 8. Direito da Seguridade Social.

1. DIREITO CONSTITUCIONAL

O Direito Constitucional pode ser entendido como o ramo do Direito que disciplina a organização essencial do Estado, estabelece a distribuição das esferas de competência do poder político-estatal, garantindo e reconhecendo os direitos fundamentais¹.

Como se nota, o Direito Constitucional estabelece as normas jurídicas pertinentes à estrutura fundamental do Estado, fixando a competência de cada ente político, além de assegurar os direitos humanos fundamentais².

O Direito Constitucional pode ser definido, ainda, como o conjunto de normas jurídicas “relativas à forma do Estado, à forma do governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos e aos limites de sua ação”³.

O Estado é uma coletividade humana (*povo*), que vive em certo *território*, sob o comando de uma autoridade, ou seja, de um *poder soberano* (não subordinado a outra ordem estatal)⁴.

O governo pode ser entendido como “o complexo de estruturas e funções centrais e superiores, em que se exerce no Estado o máximo poder político, atribuído conforme normas da Constituição”⁵.

Esse conjunto de normas jurídicas refere-se justamente à Constituição, entendida como a *organização jurídica fundamental*⁶.

Vejamos a seguir algumas classificações das Constituições⁷.

A Constituição pode ser escrita e não escrita.

Na *Constituição escrita*, as suas normas estão inseridas em documento formal, elaborado para fixar a organização fundamental do Estado.

Na *Constituição não escrita*, as normas são esparsas e de origem consuetudinária.

A Constituição escrita corresponde à *Constituição formal*.

A *Constituição material*, por sua vez, refere-se às normas materialmente constitucionais, pertencentes ou não à Constituição formal.

As *Constituições rígidas* são aquelas, dentre as Constituições escritas, que só podem ser alteradas por meio de processos especiais.

As *Constituições flexíveis* são as Constituições (escritas às vezes, não escritas sempre) que podem ser modificadas pelo processo legislativo ordinário.

O Direito Constitucional apresenta relevância, por conter as “normas supremas” do ordenamento jurídico, às quais as demais devem se adequar⁸. Os demais ramos do Direito

apresentam como marco inicial fundamental o Direito Constitucional, o qual estabelece relações e exerce influências naqueles⁹.

Nesse sentido, o Direito Constitucional é o “cerne do Direito Público interno, já que seu objeto é a própria organização básica do Estado, e, mais que isso, o alicerce sobre o qual se ergue o próprio Direito Privado”¹⁰.

O *poder constituinte originário* dá origem à Constituição, entendida como a norma jurídica superior¹¹.

Com o surgimento de nova ordem jurídico-constitucional, as disposições anteriores, que forem incompatíveis com aquela, não são recepcionadas, acarretando a sua conseqüente revogação¹². Nesse sentido, em tese, não haveria como prevalecer pretensão direito adquirido contrário à nova Constituição¹³.

Quanto ao tema, cabe transcrever o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

“O constituinte, ao estabelecer a inviolabilidade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, diante da lei (art. 5.º, XXXVI), obviamente, excluiu-se dessa limitação, razão pela qual nada o impedia de excluir, dessa garantia, a situação jurídica em foco. Assim é que, além de vedar, no art. 37, XIV, a concessão de vantagens funcionais em ‘cascata’, determinou a imediata supressão de excessos da espécie, sem consideração a ‘direito adquirido’, expressão que há de ser entendida como compreendendo não apenas o direito adquirido propriamente dito, mas também o decorrente de ato jurídico perfeito e da coisa julgada. [...]. Inconstitucionalidade não configurada. Recurso não conhecido (STF, RE 140.894, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 10.05.1994, DJ 09.08.1996)”.

A situação, no entanto, é distinta na hipótese de emenda constitucional, produzida pelo poder constituinte derivado. A emenda constitucional é decorrente do poder constituinte de reforma (instituído), o qual se caracteriza por ser *derivado* (provém de outro), *subordinado* (é *limitado* pelo poder originário) e *condicionado* (só pode agir nas condições e formas fixadas)¹⁴.

A doutrina dos direitos fundamentais, por sua vez, tem origem na concepção de que o Direito é algo que o ser humano recebe e descobre, ou seja, um Direito justo e sábio.

Sobre o tema, destaca-se, inicialmente, a doutrina do Direito Natural, com raízes na Antiguidade (Aristóteles), fazendo-se presente, ainda que com enfoques próprios, em Roma (Cícero), na Idade Média (São Tomás de Aquino) e nos séculos XVII e XVIII, quando se passou a defender o jusnaturalismo laico e fundado na razão, conforme as doutrinas de Hugo Grócio, bem como do “contrato social”, de Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau¹⁵, que apresentam certas particularidades entre si¹⁶.

Ainda quanto aos antecedentes históricos dos direitos em questão, merece referência a Magna Carta, de 21 de junho de 1215, que foi o resultado de um acordo entre o rei João sem Terra e os “barões” ingleses¹⁷.

Quanto à terminologia, segundo destaca Ingo Wolfgang Sarlet, os “direitos fundamentais” são os direitos humanos reconhecidos e positivados na esfera constitucional de certo Estado. Os “direitos humanos”, diversamente, são os previstos em normas de Direito Internacional, reconhecidos ao ser humano independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional. Nesse enfoque, os “direitos do homem” podem ser entendidos como direitos naturais, não positivados¹⁸.

No que se refere à evolução, segundo parte da doutrina, é possível distinguir três “dimensões” de direitos¹⁹, conforme teoria lançada por Karel Vazak, “em Conferência proferida no Instituto Internacional de Direitos Humanos no ano de 1979”²⁰.

Nessa linha de entendimento, historicamente, pode-se dizer, em termos didáticos e com certa generalização, que houve três momentos de conscientização dos referidos direitos, embora todos eles sejam relevantes e essenciais ao ser humano.

A primeira dimensão corresponde a uma conscientização do século XVIII, incorporando ideias relativas aos chamados direitos subjetivos naturais. Assim, nas Declarações de Direito daquela época, ganham destaque os direitos de “liberdade”, reconhecendo-se os direitos civis e políticos²¹. Tem-se, portanto, a consagração dos direitos individuais, civis e políticos²².

A segunda dimensão corresponde aos *direitos sociais*, como o *direito ao trabalho*, à *educação*, à *saúde*, bem como os *direitos trabalhistas* e *previdenciários*, os quais passaram a ser enfatizados no início do século XX²³. O objetivo, no caso, é de corrigir as desigualdades sociais e econômicas, procurando solucionar os graves problemas decorrentes da “questão social”, surgida com a Revolução Industrial.

Portanto, os “direitos sociais, aí incluídos aqueles da esfera da Seguridade Social”, devem ser “considerados como *direitos de resposta* ou, em outras palavras, *direitos em resposta à questão social*”²⁴.

No plano político, o direito ao sufrágio universal fez com que a classe trabalhadora adquirisse certa participação e força política. Também em razão desse aspecto, o Estado passa a intervir no domínio econômico-social²⁵. Observa-se a consagração de direitos econômicos, sociais e culturais, inerentes ao Estado Social, objetivando-se a “igualdade”²⁶, sob o enfoque material.

Os direitos sociais são verdadeiras conquistas obtidas ao longo da história da humanidade, exercendo papel fundamental, ao garantirem condições mínimas de vida e a dignidade da pessoa, evitando abusos que o capital e a busca pelo lucro possam causar aos

membros da sociedade, em especial àqueles que não detêm o poder econômico²⁷.

O sistema de produção capitalista, por sua própria natureza, acarreta a necessidade de que certas limitações e exigências sejam fixadas quanto à utilização do trabalho humano. Na esfera dos direitos sociais, o Direito do Trabalho, bem como Direito da Seguridade Social, por exemplo, desempenham o relevante papel de assegurar patamares mínimos de dignidade e justiça social, impedindo que a busca pela obtenção de lucros e a concorrência acabem impondo níveis inaceitáveis de exploração do trabalho humano, em afronta aos valores magnos da liberdade, solidariedade e bem comum.

Por outro lado, o fundamento e a evolução dos direitos fundamentais revelam que os direitos sociais, como os trabalhistas, previdenciários e da seguridade social, estão neles inseridos, tendo como base axiológica e normativa a garantia da dignidade da pessoa humana.

A terceira dimensão abrange os direitos de solidariedade, pertinentes ao desenvolvimento, ao patrimônio comum da humanidade, à autodeterminação dos povos, à paz, à comunicação e à preservação do meio ambiente²⁸. Ademais, há autores que fazem referência a uma quarta dimensão, voltada aos direitos da biogenética e do patrimônio genético²⁹, ou aos direitos à participação democrática, à informação e ao pluralismo³⁰.

Os direitos fundamentais estão alicerçados na *dignidade da pessoa humana*, entendida como valor jurídico supremo, conforme o art. 1.º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Os referidos direitos podem ser tanto explícitos como implícitos, de modo que a sua eventual enumeração (em Declarações de Direitos, Tratados, Convenções, na Constituição e outros instrumentos normativos) não é exaustiva. Na Constituição da República, esse aspecto é bem nítido, como se verifica em seu art. 5.º, § 2.º³¹.

2. DIREITO ADMINISTRATIVO

O Direito Administrativo é o ramo do Direito que disciplina os órgãos, os agentes, os bens e as atividades públicas, com o fim de realizar de forma concreta, direta e imediata, os fins definidos pelo Estado³².

O Direito Administrativo, assim, integra o Direito Público interno, ao regular as relações jurídicas e interesses estatais, ou seja, em que figura o Estado na posição de ente dotado do poder soberano.

Ao regular os *órgãos públicos* e os *agentes públicos*, o Direito Administrativo disciplina o pessoal do serviço público. Além disso, os *bens públicos* também integram o objeto do Direito Administrativo³³.

As atividades públicas, por sua vez, referem-se aos atos praticados pela Administração

Pública (*atos administrativos*), inclusive ao prestar *serviços públicos*³⁴. Para atender ao interesse público (entendido como “a aspiração de uma coletividade para a obtenção de um bem, de uma atividade ou de um serviço de fruição geral”³⁵), a Administração Pública é titular de *poderes administrativos*, que são conferidos para a realização dos seus fins³⁶.

Os poderes administrativos podem ser vinculados ou discricionários (conforme a liberdade da Administração Pública para a prática de seus atos administrativos), destacando-se, ainda, o poder hierárquico (visa a ordenar a Administração Pública), o poder disciplinar (tendo como objeto a punição administrativa interna de infrações funcionais), o poder regulamentar (de titularidade dos Chefes do Poder Executivo, para explicitar a lei, com o objetivo da sua correta aplicação) e o poder de polícia (por meio do qual podem ser estabelecidas limitações ao exercício de direitos individuais em benefício da coletividade como um todo)³⁷.

A realização “concreta, direta e imediata” dos fins estabelecidos pelo Estado indica a função administrativa, procurando diferenciar a atividade da Administração Pública das atividades legislativa (produção de leis) e jurisdicional (solução de conflitos)³⁸.

No entanto, deve-se destacar que o Direito Administrativo rege a atividade administrativa da Administração Pública como um todo, proveniente do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário. Como esclarece Hely Lopes Meirelles, “o ato administrativo não se desnatura pelo só fato de ser praticado no âmbito do Legislativo ou do Judiciário, desde que seus órgãos estejam atuando como administradores de seus serviços, de seus bens, ou de seu pessoal”³⁹.

Efetivamente, o Poder Judiciário, além de sua função típica (jurisdicional), pratica atos administrativos. O Poder Legislativo, da mesma forma, além de sua função típica (legislativa), realiza atos administrativos, em relação a seus serviços, bens e pessoal.

3. DIREITO ECONÔMICO

O Direito Econômico é o ramo do Direito que regula as medidas de política econômica do Estado, de forma a ordenar o processo econômico por meio da regulação da atividade econômica⁴⁰.

A *política econômica* envolve as decisões ou deliberações econômicas, adotadas pelo Estado, com o fim de disciplinar a atividade econômica no país. Tanto é assim que, de acordo com o art. 174 da Constituição Federal de 1988, o Estado é definido como “agente normativo e regulador da atividade econômica”. O Direito Econômico, portanto, estabelece a *ordenação jurídica da política econômica do Estado*⁴¹.

Em razão disso, o objetivo do Direito Econômico é estabelecer, de forma normativa, os meios e instrumentos da política econômica do Estado⁴².

Cabe, assim, ao Direito Econômico, regular a atividade econômica (dos particulares e do Estado⁴³), no que se refere à produção, distribuição, circulação e consumo de riquezas, no plano interno e internacional⁴⁴.

Portanto, conclui-se que o Direito Econômico está inserido no âmbito do Direito Público, ao disciplinar atividade reguladora desempenhada pelo Estado, figurando em sua posição de poder soberano, ainda que mantenha relações com outros ramos do Direito.

4. DIREITO FINANCEIRO

O Direito Financeiro é o ramo do Direito que disciplina a atividade financeira do Estado⁴⁵, no que se refere à despesa pública, receita pública e orçamento público⁴⁶.

Esclareça-se que o *orçamento público* já envolve as *despesas e receitas públicas*, que são as matérias tratadas naquele. Desse modo, sinteticamente, o Direito Financeiro pode ser definido como o ramo do Direito Público que regula o orçamento público⁴⁷.

Cabe destacar, ainda, que a atividade financeira do Estado, em seu todo⁴⁸, tem uma parte regulada pelo Direito Financeiro, outra parte regulada pelo Direito Tributário e outra pelo Direito Econômico.

Ao Direito Financeiro, como mencionado, cabe estabelecer normas sobre as receitas públicas, despesas públicas e orçamento público. A atividade financeira do Estado inclui a tributação, a qual, em razão de sua importância, fez surgir o Direito Tributário, que se desmembrou do Direito Financeiro⁴⁹.

O Direito Financeiro é tratado no âmbito da Constituição Federal, principalmente ao estabelecer normas sobre o orçamento público, contendo as respectivas despesas e receitas (arts. 165 a 169), bem como sobre repartição de receitas tributárias (arts. 157 a 162), fiscalização contábil, financeira e orçamentária (arts. 70 a 75), destacando-se, no plano infraconstitucional, a Lei 4.320, de 17 de março de 1964, que estabelece normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

5. DIREITO TRIBUTÁRIO

O Direito Tributário é o ramo do Direito que disciplina a instituição, arrecadação e fiscalização dos tributos.

O Direito Tributário, fazendo parte do Direito Público, regula a obrigação tributária, entendida como relação jurídica tributária⁵⁰.

O Estado, no exercício de sua soberania, exerce o *poder de tributar*, o qual, no Brasil, é repartido entre os entes políticos, ou seja, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, conforme atribuição prevista na Constituição Federal⁵¹.

A *competência tributária*, assim, significa o poder de tributar juridicamente delimitado e, no caso da República Federativa do Brasil, partilhado, de acordo com o disposto na Constituição Federal de 1988. A competência tributária é atribuída pela Constituição Federal aos entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), ou seja, às pessoas jurídicas de direito público titulares de poder legislativo, sabendo-se que essa competência é exercida por meio de lei⁵².

A *capacidade tributária*, por sua vez, refere-se à capacidade, atribuída por lei, para ser sujeito ativo da relação tributária⁵³.

A distribuição das receitas tributárias (entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios) também é estabelecida na Constituição Federal de 1988, em seus arts. 157 a 162.

A Constituição Federal de 1988 prevê e regula o chamado “Sistema Tributário Nacional”, entendido como o conjunto de normas jurídicas constitucionais que dispõem sobre a matéria tributária, contando com organização harmônica de acordo com princípios próprios⁵⁴.

No plano infraconstitucional, cabe destacar o Código Tributário Nacional (CTN), o qual define tributo como “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção a ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada” (art. 3.º).

Entende-se que são as seguintes as espécies de tributos (arts. 145, 148 e 149 da CF/1988)⁵⁵:

- ***imposto***: tributo cuja obrigação tem por fato gerador⁵⁶ uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte (art. 16 do CTN);
- ***taxa***: tributo que tem como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte (art. 77 do CTN);
- ***contribuições de melhoria***: tributo que tem como fato gerador a valorização de imóveis decorrente de obras públicas (art. 145, inciso III, da CF/1988);
- ***contribuições sociais***: compete exclusivamente à União instituir contribuições

sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas (art. 149 da CF/1988);

- ***empréstimo compulsório***: pode ser instituído pela União, mediante lei complementar, para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência, bem como no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o princípio da anterioridade (art. 148 da CF/1988). A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.

Como princípios jurídicos da tributação, destacam-se aqueles a seguir indicados⁵⁷:

- ***princípio da legalidade estrita***: no sentido de ser vedado exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça (art. 150, inciso I, da CF/1988);
- ***princípio da irretroatividade***: veda-se a cobrança de tributos em relação a fatos geradores que tenham ocorrido antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado (art. 150, inciso III, *a*, da CF/1988);
- ***princípio da anterioridade***: veda-se a cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro em que tenha sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou (art. 150, inciso III, *b*, da CF/1988);
- ***princípio da “noventena”***: veda-se a cobrança de tributos antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou (art. 150, inciso III, *c*, da CF/1988, acrescentado pela Emenda Constitucional 42/2003);
- ***princípio da igualdade tributária***: veda-se o tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos (art. 150, inciso II, da CF/1988);
- ***princípio da uniformidade geográfica***: veda-se à União instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País (art. 151,

inciso I, da CF/1988);

- ***princípio da não discriminação tributária em razão da origem ou do destino dos bens***: é vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino (art. 152 da CF/1988);
- ***princípio da competência***: o ente político que exerce a competência tributária deve fazê-lo nos limites da atribuição constitucional;
- ***princípio da capacidade contributiva***: no sentido de que sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte (art. 145, § 1.º, da CF/1988)⁵⁸;
- ***princípio da vedação do confisco***: veda-se à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco (art. 150, inciso IV, da CF/1988), em afronta ao direito de propriedade. Entende-se por tributo com efeito de confisco aquele que, “por ser excessivamente oneroso, seja sentido como penalidade”⁵⁹;
- ***princípio da liberdade de tráfego***: veda-se que os entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) estabeleçam limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais e intermunicipais, ficando ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público (art. 150, inciso V, da CF/1988).

Registre-se, ainda, que a *imunidade* exclui o próprio poder de tributar sobre determinados bens ou situações, conforme previsão na Constituição Federal, sendo, assim, inserida por parte da doutrina como uma das limitações ao poder de tributar⁶⁰.

6. DIREITO PROCESSUAL

O Direito Processual é o ramo do Direito que disciplina o processo judicial como forma de solução dos conflitos sociais por meio da jurisdição, bem como estabelece a regulação da organização do Poder Judiciário, fixando a competência dos seus diversos ramos e órgãos.

O Direito Processual, desse modo, integra o Direito Público⁶¹, por se tratar de disciplina de atividade essencialmente estatal, relacionada à pacificação dos conflitos sociais, por meio da aplicação do Direito material.

O Direito Processual, tradicionalmente, é dividido em *Direito Processual Penal*

(aplicado às questões criminais, tendo como diploma legal principal o Código de Processo Penal) e *Direito Processual Civil* (aplicado às questões não criminais, tendo como diploma legal principal o Código de Processo Civil).

Cabe registrar, ainda, a presença do *Direito Processual do Trabalho*, o qual regula o processo aplicado na Justiça do Trabalho, na solução de conflitos trabalhistas. Quanto a este último, discute-se a respeito de sua autonomia em face do Direito Processual Civil⁶².

Há entendimento no sentido da ausência de autonomia do Direito Processual do Trabalho, defendendo-se que este faz parte do próprio Direito Processual Civil.

Outra corrente defende uma autonomia apenas relativa do Direito Processual do Trabalho em face do Direito Processual Civil, enquanto outros destacam tratar-se de ramo do Direito dotado de autonomia integral.

Pode-se entender que o Direito Processual do Trabalho, embora mantenha relação com outros ramos do Direito, apresenta-se autônomo perante o Direito Processual Civil. Efetivamente, no Brasil, a Justiça do Trabalho é o ramo especializado do Poder Judiciário que aplica o Direito Processual do Trabalho, o qual conta com diplomas legais próprios (com destaque para a Consolidação das Leis do Trabalho), doutrina e trabalhos científicos específicos, matéria diferenciada, bem como peculiaridades que o distinguem do Direito Processual Civil propriamente. De todo modo, deve-se registrar que, na ausência de normas jurídicas específicas, o Direito Processual do Trabalho prevê a aplicabilidade (subsidiária) do Direito Processual Civil, conforme art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Na realidade, do mesmo modo que a jurisdição (como poder do Estado) é uma, o Direito Processual, como a disciplina do exercício da jurisdição, também o é. Por isso, a divisão do Direito Processual “corresponde apenas a exigências pragmáticas relacionadas com o tipo de normas jurídico-substanciais a atuar”⁶³.

Tanto é assim que a Constituição Federal de 1988, no art. 22, inciso I, prevê a competência privativa da União para legislar sobre “direito processual”. O art. 24, inciso XI, da Constituição Federal, por sua vez, prevê que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre “procedimentos em matéria processual”.

Além disso, apesar da divisão acima mencionada, é possível realizar estudo científico do Direito Processual como um todo, levando em conta os temas essenciais, bem como os princípios e aspectos comuns aos seus ramos especializados, o que resulta na chamada *Teoria Geral do Processo*. Os institutos fundamentais do Direito Processual são: a jurisdição, a ação, a defesa e o processo⁶⁴.

A *jurisdição* pode ser enfocada como⁶⁵:

- ***poder do Estado***: capacidade de decidir imperativamente e impor suas decisões;
- ***função do Estado***: encargo de pacificar os conflitos, por meio da aplicação do Direito material;
- ***atividade do Estado***: complexo de atos para a solução dos conflitos sociais com justiça.

A *ação* refere-se ao poder ou direito de exercício da jurisdição, por meio do qual aquele que entende ser titular de um direito pleiteia ao Poder Judiciário um provimento que lhe conceda ou assegure aquilo que faz jus⁶⁶. O processo judicial, assim, tem início em razão do ajuizamento da ação. A ação provoca a jurisdição (atividade jurisdicional), a qual é exercida no âmbito do processo⁶⁷.

Na atualidade, é pacífico o entendimento a respeito da autonomia do direito de ação perante o direito subjetivo material. Efetivamente, mesmo sendo exercido o direito de ação, pode ocorrer de ser o pedido formulado pelo demandante julgado improcedente, significando não ter o direito material postulado. A ação, portanto, é vista como um direito público subjetivo, exercido contra o Estado, ainda que possa produzir efeitos na esfera jurídica do demandado⁶⁸.

Vem merecendo destaque, ainda, o *direito à tutela jurisdicional*.

A tutela jurisdicional pode ser entendida como a proteção a determinado interesse, conferida por meio da jurisdição, assegurando direitos em favor daquele que assim é reconhecido pelo Direito⁶⁹. Envolve, ainda, os efeitos projetados sobre as relações entre pessoas, pelo provimento jurisdicional, amparando aquele que tem razão num processo, ou seja, protegendo o titular efetivo do direito material⁷⁰.

A *defesa* em sentido amplo (também denominada *exceção*), por sua vez, é a resposta que o demandado tem direito de apresentar em juízo, contrapondo-se à pretensão formulada pelo demandante (por meio da petição inicial). O réu, portanto, tem o direito de se defender no sentido de que a tutela jurisdicional pretendida pelo autor não é devida, por não estar de acordo com o Direito material. Ao juiz cabe decidir a controvérsia, proferindo sentença, contra a qual pode ser cabível recurso, a ser interposto pela parte legitimada e interessada. Como se nota, da mesma forma que a ação, a exceção é entendida como um direito público subjetivo, “constitucionalmente garantido como corolário do *devido processo legal* e dos postulados em que se alicerça o sistema contraditório do processo”⁷¹.

O *processo* é o meio ou o instrumento para a solução jurisdicional do conflito⁷².

Quanto à natureza jurídica, o processo, em seu aspecto interno, apresenta-se como a *relação jurídica processual*, tendo como sujeitos o Estado-juiz, o demandante e o demandado,

sendo-lhes atribuídos poderes, direitos, faculdades, deveres, obrigações, sujeições, ônus⁷³. As partes dessa relação jurídica processual são o demandante e o demandado, sabendo-se que o juiz é o sujeito imparcial. O objeto da relação jurídica processual, por sua vez, é “prestação da tutela jurisdicional”⁷⁴.

Em sua manifestação extrínseca, o processo é visto como o *procedimento* (conjunto de atos coordenados que se sucedem) que se realiza *em contraditório*⁷⁵, cientificando-se as partes dos diversos atos processuais e permitindo a sua participação no processo⁷⁶, como forma de assegurar as garantias constitucionais da *ampla defesa* e do *devido processo legal*⁷⁷.

7. DIREITO PENAL

O Direito Penal é o ramo do Direito que prevê os crimes e contravenções penais, estabelecendo as respectivas penas, de forma a disciplinar o direito de punição do Estado.

O Direito Penal faz parte do Direito Público, pois regula as relações jurídicas envolvendo o direito de punir do Estado. Efetivamente, quando certa pessoa pratica um delito penal (assim previsto em lei), instaura-se uma relação jurídica entre este sujeito e o Estado, o qual é titular do direito de punição (*jus puniendi*), em defesa da sociedade. O mencionado sujeito, por sua vez, tem o direito de não ser punido fora dos casos previstos na lei (direito de liberdade)⁷⁸.

De acordo com o art. 22, inciso I, da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre Direito Penal.

O Direito Penal estabelece normas jurídicas levando em conta o plano dos fatos, de modo a “tutelar os valores mais elevados ou preciosos”, ou seja, atuando no que se refere à “transgressão de valores mais importantes ou fundamentais para a sociedade”⁷⁹.

O Direito Penal, assim, atua em defesa da sociedade, “na proteção de bens jurídicos fundamentais, como a vida humana, a integridade corporal da pessoa, a honra, o patrimônio etc.”⁸⁰.

O ramo do Direito em questão impõe sanções, no caso, penas e medidas de segurança⁸¹, àqueles que praticarem delitos penais, previstos em lei. Portanto, o Direito Penal prevê os tipos penais e as respectivas sanções penais.

As *penas* podem ser:

- **penas privativas de liberdade:** reclusão e detenção (art. 33 do Código Penal);
- **penas restritivas de direito:** prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos (proibição do exercício de cargo, função ou atividade

pública, bem como de mandato eletivo; proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo, quando culposo o delito) e limitação de fim de semana (art. 5.º, inciso XLVI, e, da CF/1988, e arts. 46 a 48 do Código Penal);

- **pena de multa (art. 49 do Código Penal).**

As *medidas de segurança* só podem ser aplicadas aos inimputáveis e aos semi-imputáveis (arts. 26, 97 e 98 do Código Penal), podendo ser de duas espécies⁸²:

- **detentiva:** internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado (Código Penal, art. 96, inciso I);
- **restritiva:** sujeição a tratamento ambulatorial (Código Penal, art. 96, inciso II).

De acordo com o art. 5.º, inciso XLVII, da Constituição Federal de 1988, não haverá penas: de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX da CF/1988; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; cruéis.

Esclareça-se que a sanção criminal é imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor do delito penal. A ação penal, assim, dá origem ao processo penal, que é o instrumento de aplicação do Direito Penal. Como já estudado, o processo penal é disciplinado pelo Direito Processual Penal.

Como prevê a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5.º:

- “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (inciso LIV);
- “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (inciso LV);
- “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (inciso LVII).

Além das *normas penais incriminadoras* (estabelecem as condutas puníveis e impõem as respectivas sanções), existem as *normas penais permissivas* (determinam a licitude ou a impunidade de certas condutas) e as *normas penais complementares ou explicativas* (esclarecem o conteúdo de outras normas, ou delimitam o seu âmbito de aplicação)⁸³.

Registre-se que, de acordo com a técnica legislativa do Direito Penal, o texto da norma

penal incriminadora não diz expressamente ser proibida certa conduta, mas sim prevê que determinada conduta, quando praticada, enseja a aplicação de certa pena.

Por exemplo, de acordo com o art. 121 do Código Penal:

“Art. 121. Matar alguém:

Pena – reclusão, de seis a vinte anos”.

Como destaca Damásio E. de Jesus: “o preceito imperativo que deve ser obedecido não se contém de maneira expressa na norma penal. A sanção e o comportamento humano ilícito é que são expressos”. Desse modo, a prescrição proibitiva permanece implícita na definição legal do crime, sendo determinada por via indireta. No exemplo acima, o mandamento proibitivo seria: “Não matarás”⁸⁴.

Essa técnica decorre do próprio princípio da reserva legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), previsto no Código Penal (art. 1.º) e na própria Constituição Federal de 1988, em seu art. 5.º, inciso XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”⁸⁵.

Na doutrina tradicional, o crime é definido como “ação típica, antijurídica e culpável”. A ação pode ser positiva ou negativa (omissão), tratando-se de fato humano. A ação deve ser típica, ou seja, de acordo com o tipo penal (previsão da conduta humana pela lei e correspondente ao crime). A antijuridicidade significa ser a ação contrária ao Direito. Nessa teoria, entende-se que a culpabilidade é o elemento subjetivo do crime, compreendendo o dolo (vontade livre e consciente) e a culpa (negligência, imprudência ou imperícia), referindo-se ao elemento psicológico, bem como o juízo de reprovação contra o autor de ato contrário à norma jurídica (elemento normativo). Integram a culpabilidade, ainda, a imputabilidade (o indivíduo deve ser capaz de entender o caráter criminoso de seu ato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento) e a exigibilidade de outra conduta (diversa da que o indivíduo teve). A culpabilidade, nesse enfoque, é um dos elementos do crime⁸⁶.

De acordo com a chamada “teoria finalista da ação”, o crime é definido como *fato típico e antijurídico*, entendendo-se que a culpabilidade é pressuposto de aplicação da pena⁸⁷.

Na mencionada “teoria finalista da ação”, a *culpabilidade* possui como elementos: a imputabilidade (“conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível”⁸⁸), a possibilidade de conhecimento do injusto (potencial consciência da ilicitude) e exigibilidade de conduta diversa⁸⁹.

Ainda em conformidade com essa tese, o dolo (“vontade de concretizar os elementos objetivos do tipo”) e a culpa (“inobservância do cuidado objetivo necessário, manifestada numa conduta produtora de um resultado objetiva e subjetivamente previsível”) não estão

inseridos na culpabilidade, mas sim constituem elementos do tipo, de modo que a sua ausência retira a tipicidade da conduta⁹⁰.

Frise-se que, de acordo com o art. 18, parágrafo único, do Código Penal: “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”. Dessa forma, apenas quando a norma penal incriminadora prevê *expressamente* a modalidade culposa, fazendo explícita referência à culpa, é que se admite o crime culposo. Se a lei penal prevê um crime, entretanto silencia a respeito da culpa, é porque não admite a modalidade culposa, mas apenas a dolosa⁹¹.

Como mencionado, para a existência de crime, exige-se uma conduta humana, positiva ou negativa, que se subsuma a uma norma penal incriminadora, ou seja, um *fato típico*⁹².

O *fato típico* é composto dos seguintes elementos na “teoria finalista da ação”⁹³:

- conduta humana dolosa ou culposa;
- resultado (exceto nos crimes de mera conduta);
- nexo de causalidade entre a conduta e o resultado (exceto nos crimes de mera conduta e formais⁹⁴);
- enquadramento do fato material (conduta, resultado e nexo causal) a uma norma penal incriminadora.

Além disso, o fato típico deve ser *antijurídico*, ou seja, contrário ao Direito. Por exemplo, mesmo que o fato seja típico, se praticado em legítima defesa, não há antijuridicidade e, portanto, fica excluído o crime, não acarretando a aplicação da sanção penal⁹⁵.

Assim, na realidade, sendo a conduta descrita em norma penal incriminadora (ou seja, correspondendo a um fato típico), a antijuridicidade apenas é excluída quando houver norma penal expressamente declarando-a lícita (como ocorre nas causas de exclusão da antijuridicidade previstas no art. 23 do Código Penal: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal, exercício regular de direito)⁹⁶.

A *punibilidade*, por sua vez, é consequência jurídica do crime. Efetivamente, violada a norma penal incriminadora, o Estado passa a ter o direito de impor a pena ao sujeito, o qual tem o dever de não obstaculizar a aplicação da sanção. Nesse enfoque, a punibilidade não é elemento do crime, mas consequência jurídica deste. Desse modo, as causas de extinção da punibilidade (como aquelas previstas no art. 107 do Código Penal) não afastam o crime, mas apenas excluem a possibilidade de aplicação da sanção penal⁹⁷.

As infrações penais se dividem em *crimes* e *contravenções*. Não há diferença ontológica

(de essência ou substancial) entre crime e contravenção, possuindo a mesma natureza. A distinção está em que as contravenções são condutas que apresentam menor gravidade, quando comparadas com os crimes. Por isso, a sanção penal das contravenções é menos severa do que a punição dos crimes. Cabe ao legislador determinar quais são os crimes e as contravenções, conforme a relevância dos interesses jurídicos para a sociedade⁹⁸.

8. DIREITO DA SEGURIDADE SOCIAL

O Direito da Seguridade Social é o ramo do Direito que estabelece a proteção social aos indivíduos em relação a contingências que os impeçam de prover as suas necessidades básicas e de suas famílias, visando a assegurar os direitos relativos à saúde, previdência e assistência social⁹⁹.

Contingência significa algo que pode acontecer, acarretando a perda ou diminuição dos ganhos, por exemplo, idade avançada, invalidez, morte, enfermidade, maternidade, acidente do trabalho, desemprego¹⁰⁰.

A proteção social como um todo, estabelecida por meio da Seguridade Social, é conferida pelo Poder Público e por toda a sociedade, por intermédio de um conjunto integrado de ações. Nesse sentido, de acordo com art. 194 da Constituição Federal: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

A Seguridade Social, assim, tem como objetivo atender às necessidades sociais que as pessoas puderem ter nas adversidades, garantindo condições dignas de vida e as amparando nas situações que elas não tiverem como prover as suas necessidades e de sua família.

Entende-se na atualidade que o Direito da Seguridade Social é autônomo do Direito do Trabalho, pois aquele envolve um sistema de proteção social mais amplo, podendo abranger não apenas os trabalhadores ou empregados¹⁰¹.

O art. 22, inciso XXIII, da Constituição Federal de 1988, prevê a competência privativa da União para legislar sobre Seguridade Social.

O art. 24, inciso XII, da Constituição Federal, por sua vez, prevê que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre “previdência social, proteção e defesa da saúde”.

O Direito da Seguridade Social, ademais, integra o Direito Público, pois a relação jurídica envolvida é estabelecida entre os indivíduos e o Estado como ente soberano. O Estado é quem organiza e opera o sistema da Seguridade Social, dispondo sobre o seu custeio

e a concessão dos seus benefícios e serviços. Nessa linha, o parágrafo único do art. 194 da Constituição Federal prevê que “compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social”. O regime jurídico estabelecido pela Seguridade Social decorre da lei, e não de contrato de natureza privada. Há diversos órgãos estatais envolvidos no sistema de Seguridade Social, como o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia federal vinculada ao Ministério da Previdência Social, e o Ministério da Saúde. Embora exista a Previdência Privada Complementar (conforme o art. 202 da Constituição Federal de 1988 e a Lei Complementar 109/2001), esta ainda figura como exceção em nosso sistema¹⁰².

Registre-se, ainda assim, o entendimento de que o Direito da Seguridade Social integra o ramo do Direito Social, tendo em vista a proteção social conferida em razão de situação ou estado de sujeição decorrente de uma inferioridade¹⁰³.

Aplicam-se ao Direito da Seguridade Social alguns princípios gerais, como o da igualdade (art. 5.º, inciso I, da CF/1988), da legalidade (art. 5.º, II, da CF/1988) e do direito adquirido (art. 5.º, inciso XXXVI, da CF/1988)¹⁰⁴.

O Direito da Seguridade Social apresenta princípios específicos, como o princípio do “solidarismo” ou da solidariedade, no sentido da participação da sociedade na ajuda ao necessitado, de modo que quando a contingência atinge alguém, os demais prosseguem contribuindo para o sistema de proteção social. O próprio art. 3.º, inciso I, da Constituição Federal, prevê entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “constituir uma sociedade livre, justa e solidária”¹⁰⁵.

Além disso, o Direito da Seguridade Social possui princípios constitucionais, como prevê o art. 194, parágrafo único, e art. 195, § 5.º, da Constituição Federal, figurando como fundamentos e forma de sustentação do sistema de Seguridade Social, a seguir indicados¹⁰⁶:

- ***princípio da universalidade da cobertura e do atendimento:*** referindo-se às contingências a serem cobertas pelo sistema de Seguridade Social (universalidade objetiva), por meio das respectivas prestações (benefícios e serviços), bem como às pessoas a serem atendidas (universalidade subjetiva);
- ***princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais:*** como forma de observar o princípio da igualdade, dizendo respeito às contingências a serem cobertas pelas prestações da seguridade social (benefícios e serviços);
- ***princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços:*** no que se refere à escolha das prestações a serem proporcionadas pelo sistema de seguridade social, o que é previsto na lei;

- ***princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios:*** ou seja, o valor dos benefícios da Seguridade Social não pode ser reduzido. Além disso, de acordo com o art. 201, § 4.º, da Constituição Federal de 1988: “É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei”;
- ***princípio da equidade na forma de participação no custeio:*** sendo uma decorrência do princípio da igualdade, aplicada quanto ao custeio da Seguridade Social.

Observe-se que a igualdade, em seu enfoque material, refere-se ao tratamento igual daqueles que estão em iguais condições, e o tratamento desigual daqueles que estão em situação desigual, na medida da desigualdade.

Nessa linha, de acordo com o art. 195, § 9.º, da Constituição Federal de 1988 (na redação determinada pela Emenda Constitucional 47/2005), as contribuições sociais previstas no inciso I do *caput* do art. 195, ou seja, do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, “poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão de obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho”.

- ***princípio da diversidade da base de financiamento:*** as fontes de custeio da Seguridade Social são diversas. Nesse sentido, de acordo com o art. 195 da Constituição Federal:

“Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

II – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo

contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

III – sobre a receita de concursos de prognósticos. IV – do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.”

Além disso, de acordo com o art. 195, § 4.º, da Constituição Federal, a lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, inciso I, da CF/1988¹⁰⁷.

O § 6.º do art. 195 da Constituição Federal, por sua vez, prevê que as contribuições sociais de que trata o art. 195 só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, inciso III, *b* (princípio da anterioridade).

- ***princípio do caráter democrático e descentralizado da administração***, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. Nessa linha, o art. 10 da Constituição Federal também prevê ser “assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação”.

Na área da Saúde, destaca-se a previsão do art. 198 da Constituição Federal, no sentido de que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único (SUS), organizado de acordo com as seguintes diretrizes: descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; participação da comunidade.

- ***princípio da preexistência do custeio em relação ao benefício ou serviço***. Em conformidade com o art. 195, § 5.º, da Constituição Federal: “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”.

A Seguridade Social, na realidade, engloba a Previdência Social, a Assistência Social e a Saúde.

Registre-se, ainda, a existência da chamada Previdência Privada Complementar, atualmente regulada pela Lei Complementar 109/2001.

A *Previdência Social* é a esfera ou setor da Seguridade Social que, *mediante contribuição*, tem por fim assegurar aos beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de contribuição, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

Nesse sentido, de acordo com o art. 201 da Constituição Federal de 1988:

“Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

II – proteção à maternidade, especialmente à gestante; III – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV – salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2.º”.

De acordo com o § 2.º do art. 201 da Lei Maior, nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo.

Além disso, conforme o § 10 do art. 201 da Constituição Federal: “Lei disciplinará a cobertura do risco de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado”.

Frise-se ser “vedada a filiação ao regime geral de previdência social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência” (art. 201, § 5.º, da CF/1988).

A Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, dispõe sobre a organização da Seguridade Social e institui o plano de custeio, dando outras providências referentes ao regime geral de Previdência Social.

A Lei 8.213/1991, por sua vez, regula os planos de benefícios do regime geral de Previdência Social.

A *Assistência Social* é a política social que provê o atendimento das necessidades básicas, traduzidas em proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e à pessoa portadora de deficiência, *independentemente de contribuição à Seguridade*

Social.

Nesse sentido, de acordo com o art. 201 da Constituição Federal:

“Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II – o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III – a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.

A Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993, dispõe sobre a organização da Assistência Social. O art. 1.º do referido diploma legal reconhece ser a Assistência Social “direito do cidadão e dever do Estado”.

A *Saúde* é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196 da CF/1988).

A Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. O art. 1.º do referido diploma legal reconhece ser a saúde “um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

De acordo com o art. 6.º da Constituição Federal de 1988: “São *direitos sociais* a educação, a *saúde*, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a *previdência social*, a proteção à maternidade e à infância, a *assistência aos desamparados*, na forma desta Constituição”.

Desse modo, entende-se que a Seguridade Social, nela inseridas a Previdência Social, a Assistência Social e a Saúde, são *direitos sociais*, os quais integram os *direitos humanos fundamentais*, necessários à preservação da *dignidade da pessoa humana*.

-
- ¹ Cf. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 338.
- ² Cf. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 258-259.
- ³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 14. Sobre as formas de Estado, cf. ainda MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 23: “o Estado pode apresentar-se com governo centralizado, em uma única unidade, ou descentralizado, em unidades autônomas. No primeiro caso diz-se que o Estado é *unitário*, e no segundo diz-se que ele é *federal*”. Conforme a Constituição Federal de 1988, o Brasil adota a forma federativa de Estado, a forma republicana de governo e o sistema presidencialista de governo. Cf. LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 10. ed. São Paulo: Método, 2006. p. 179.
- ⁴ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 39-40. É certo que existe a chamada *ordem internacional*, havendo, assim, a tendência de integração dos Estados no plano internacional, o que é fomentado pelo “progresso dos meios de comunicação, o sentimento de interdependência resultante do intercâmbio econômico, a aproximação das culturas, o reconhecimento da igualdade da natureza humana”. Mesmo assim, essa integração internacional não chegou a firmar o princípio da supremacia da ordem internacional “em outra base que não a da voluntária submissão dos Estados” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 41).
- ⁵ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 63.
- ⁶ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 10.
- ⁷ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 12.
- ⁸ Cf. REALE, Miguel. Op. cit., p. 339.
- ⁹ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 259.
- ¹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 16.
- ¹¹ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 18-20.
- ¹² Cf. LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 186.
- ¹³ Cf. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 9. ed. rev. e atual. pelo Prof. José Serpa de Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. v. 1, p. 205-206: “Não há dúvida, refere Gabba, que uma nova Constituição política de Estado tira o vigor a todas as leis de ordem pública e administrativa preexistentes, e que se manifestem inconciliáveis com ela: infrutiferamente pretender-se-ão direitos adquiridos contra aquelas novas leis e outras semelhantes, pois não podem existir direitos adquiridos contra a aplicação de uma nova lei constitucional”.

- Cf. ainda o art. 17, *caput*, parte final, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República.
- ¹⁴ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. Op. cit., p. 24.
- ¹⁵ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 9-11.
- ¹⁶ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 6-9.
- ¹⁷ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, cit., p. 11.
- ¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 35-36.
- ¹⁹ De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet: “não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais” (*A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 54).
- ²⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 82.
- ²¹ Cf. LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 860.
- ²² Cf. ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 116.
- ²³ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 52-54.
- ²⁴ SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Seguridade social como direito fundamental material*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 121, destaques do original.
- ²⁵ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 249-251.
- ²⁶ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 277.
- ²⁷ Cf. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011. v. 1, parte 1, p. 583: “O Direito, que assume papel preponderante na formação de uma ordem para o capitalismo, é o Direito Social, um Direito que não apenas reprime condutas indesejáveis, pensadas na perspectiva dos interesses exclusivos de uma classe dominante, mas que se volta ao objetivo concreto de estabelecer limites ao capital, conferindo retornos econômicos à sociedade para viabilização de projetos atinentes à política de emprego e do seguro social, ao mesmo tempo em que organiza o processo produtivo, preservando a dignidade do trabalhador, que

é elemento essencial na produção das riquezas, e fixando regramentos para a concorrência”.

- ²⁸ Cf. ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 117-118; REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 225.
- ²⁹ Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 6.
- ³⁰ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 525.
- ³¹ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 254.
- ³² Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 34.
- ³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 66 e 633-692.
- ³⁴ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 311: “*Serviço público* é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”.
- ³⁵ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 108, nota 1.
- ³⁶ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 108-133.
- ³⁷ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 123: “*Poder de polícia* é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”.
- ³⁸ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 34-35.
- ³⁹ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 35.
- ⁴⁰ Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 162-163.
- ⁴¹ Cf. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. rev., atual. e aum. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 24: “Na sua esfera [do Direito Econômico] compreendem-se as regras de finalidade interventiva na economia e todo o Direito aplicável às relações econômicas, como, *e.g.*, os institutos da lei sobre moeda e crédito e da lei sobre mercado de capitais”.
- ⁴² Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, cit., p. 162-163.
- ⁴³ Cf. art. 173 da CF/1988: “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

Cf. ainda MACHADO, Hugo de Brito. Op. cit., p. 24: “No Brasil vigora a regra da liberdade de iniciativa na ordem econômica. A atividade econômica é entregue à iniciativa privada. A não ser nos casos especialmente previstos na Constituição, o exercício direto da atividade econômica só é permitido ao Estado quando necessário aos imperativos da segurança nacional, ou em face de relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei (Constituição Federal, art. 173)”.

⁴⁴ Cf. JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Manual de direito financeiro e tributário*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 13.

⁴⁵ Cf. OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de direito financeiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 20.

⁴⁶ Cf. JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Manual de direito financeiro e tributário*, cit. p. 4.

⁴⁷ Cf. JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. Op. cit., p. 4.

⁴⁸ Cf. JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. Op. cit., p. 4, nota 8: “Atividade financeira do Estado é a atuação estatal consistente na obtenção de recursos com o fito de custear a despesa pública”.

⁴⁹ Cf. MACHADO, Hugo de Brito. Op. cit., p. 38.

⁵⁰ Cf. JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. Op. cit., p. 167-168: “a obrigação tributária ou relação jurídica tributária é o liame abstrato pelo qual uma pessoa, denominada sujeito ativo, o Estado, ou quem lhe fizer as vezes, fica cometida do direito subjetivo de exigir de outro sujeito, nomeado sujeito passivo, designado comumente de contribuinte, uma prestação de índole tributária”.

⁵¹ Cf. MACHADO, Hugo de Brito. Op. cit., p. 24-25.

⁵² Cf. MACHADO, Hugo de Brito. Op. cit., p. 25-26.

⁵³ Cf. MACHADO, Hugo de Brito. Op. cit., p. 26.

Cf. ainda NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 144: “Há certas autarquias, órgãos paraestatais ou profissionais como os sindicatos, que são beneficiários de arrecadações. Neste caso arrecadam por delegação, *mas não têm competência para o exercício do poder de tributar*”.

⁵⁴ Cf. JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. Op. cit., p. 116.

⁵⁵ Cf. NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Op. cit., p. 119.

⁵⁶ Cf. art. 114 do CTN: “Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência”.

Cf. ainda NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Op. cit., p. 142: “fato gerador do tributo é o conjunto dos pressupostos abstratos escritos na norma de direito material, de cuja concreta realização decorrem os efeitos jurídicos previstos”.

Registre-se o entendimento que distingue “fato gerador” de “hipótese de incidência”. Cf. MACHADO, Hugo de Brito. Op. cit., p. 92-93: “A expressão *hipótese de incidência*

designa com maior propriedade a descrição, contida na lei, da situação necessária e suficiente ao nascimento da obrigação tributária, enquanto a expressão *fato gerador* diz da ocorrência, no mundo dos fatos, daquilo que está descrito na lei. A *hipótese* é simples descrição, é simples previsão, enquanto o *fato* é a concretização da hipótese, é o acontecimento do que fora previsto”.

- ⁵⁷ Cf. MACHADO, Hugo de Brito. Op. cit., p. 27-33; JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. Op. cit., p. 129-139.
- ⁵⁸ Cf. HORVATH, Estevão. In: OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de direito financeiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 61: “A ideia inspiradora desse princípio baseia-se na justa repartição da carga tributária, de forma que quem possa mais pague mais e quem possa menos pague menos”.
- ⁵⁹ MACHADO, Hugo de Brito. Op. cit., p. 191.
- ⁶⁰ Sobre a distinção entre isenção, não incidência e imunidade, cf. MACHADO, Hugo de Brito. Op. cit., p. 153-154: “Distingue-se a *isenção* da *não incidência*. Isenção é a exclusão, por lei, de parcela da hipótese de incidência, ou suporte fático da norma de tributação, sendo objeto da isenção a parcela que a lei retira dos fatos que realizam a hipótese de incidência da regra de tributação. A *não incidência*, diversamente, configura-se em face da própria norma de tributação, sendo objeto da não incidência todos os fatos que não estão abrangidos pela própria definição da *hipótese de incidência*. [...] Pode ainda ocorrer que a lei de tributação esteja proibida, por dispositivo da Constituição, de incidir sobre certos fatos. Há, neste caso, *imunidade*. A regra constitucional impede a incidência da regra jurídica de tributação. Caracteriza-se, portanto, a imunidade pelo fato de decorrer de regra jurídica de categoria superior, vale dizer, de regra jurídica residente na Constituição, que impede a incidência de lei ordinária de tributação”.
- ⁶¹ Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 47.
- ⁶² Cf. MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 52-53.
- ⁶³ Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 48.
- ⁶⁴ Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 48-49.
- ⁶⁵ Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 125.
- ⁶⁶ Cf. art. 5.º, inciso XXXV, da CF/1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Trata-se de garantia constitucional que consagra o *direito à inafastabilidade do controle jurisdicional*.
- ⁶⁷ Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 247.

- ⁶⁸ Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 254.
- ⁶⁹ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 24-39.
- ⁷⁰ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do direito processual civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. t. 2, p. 797-837; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1, p. 104-108; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2, p. 614-108; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 3, p. 203-204.
- ⁷¹ Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 277: “O processo é indispensável à *função jurisdicional* exercida com vistas ao objetivo de eliminar conflitos e fazer justiça mediante a atuação da vontade concreta da lei. É, por definição, o *instrumento através do qual a jurisdição opera* (instrumento para a positivação do poder)”.
- ⁷² Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 48.
- ⁷³ Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 282.
- ⁷⁴ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 121.
- ⁷⁵ Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 284-286.
- ⁷⁶ Cf. art. 5.º, inciso LIV, da CF/1988: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.
- Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 57: “Em síntese, o contraditório é constituído por dois elementos: a) informação; b) reação (esta, meramente possibilitada nos casos de direitos disponíveis)”.
- ⁷⁷ Cf. art. 5.º, inciso LV, da CF/1988: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.
- ⁷⁸ Cf. JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1, p. 5.
- ⁷⁹ NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal: introdução e parte geral*. 29. ed. atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1, p. 5.
- ⁸⁰ JESUS, Damásio E. de. Op. cit., p. 5.
- Cf. ainda idem, ibidem, p. 4: “*Bem* é tudo aquilo que pode satisfazer as necessidades humanas. Todo *valor reconhecido* pelo Direito torna-se um *bem jurídico*. Os bens jurídicos

são ordenados em hierarquia. O Direito Penal visa a proteger os bens jurídicos mais importantes, intervindo somente nos casos de lesão de bens jurídicos fundamentais para a vida em sociedade”.

- ⁸¹ JESUS, Damásio E. de. Op. cit., p. 475: “As penas e as medidas de segurança constituem as duas formas de sanção penal. Enquanto a pena é retributiva-preventiva, tendendo atualmente a readaptar socialmente o delinquente, a medida de segurança possui natureza essencialmente preventiva, no sentido de evitar que um sujeito que praticou um crime e se mostra perigoso venha a cometer novas infrações penais”.
- ⁸² Cf. JESUS, Damásio E. de. Op. cit., p. 476-477.
- ⁸³ Cf. JESUS, Damásio E. de. Op. cit., p. 13.
- ⁸⁴ JESUS, Damásio E. de. Op. cit., p. 10.
- ⁸⁵ Cf. JESUS, Damásio E. de. Op. cit., p. 10.
- ⁸⁶ Cf. NORONHA, E. Magalhães. Op. cit., p. 99-102.
- ⁸⁷ Cf. JESUS, Damásio E. de. Op. cit., p. 133.
- ⁸⁸ JESUS, Damásio E. de. Op. cit., p. 409.
- ⁸⁹ Cf. JESUS, Damásio E. de. Op. cit., p. 403.
- ⁹⁰ Cf. JESUS, Damásio E. de. Op. cit., p. VI e p. 407.
- ⁹¹ Cf. JESUS, Damásio E. de. Op. cit., p. 260-261.
- ⁹² Cf. JESUS, Damásio E. de. Op. cit., p. 135-136.
- ⁹³ Cf. JESUS, Damásio E. de. Op. cit., p. 136-137.
- ⁹⁴ Cf. JESUS, Damásio E. de. Op. cit., p. 168: “Distinguimos os crimes formais dos de mera conduta. Estes são sem resultado; aqueles possuem resultado, mas o legislador antecipa a consumação à sua produção. No *crime de mera conduta* o legislador só descreve o comportamento do agente. Exs.: violação do domicílio (art. 150), desobediência (art. 330) e reingresso de estrangeiro expulso (art. 338). No *crime formal* o tipo menciona o comportamento e o resultado, mas não exige a sua produção para a consumação. Exs.: crimes contra a honra, ameaça, divulgação de segredo, violação de segredo profissional etc. No *crime material* o tipo menciona a conduta e o evento, exigindo a sua produção para a consumação. Exs.: homicídio, infanticídio, aborto, participação em suicídio, lesão corporal, furto, roubo etc.”.
- ⁹⁵ Cf. JESUS, Damásio E. de. Op. cit., p. 135-136.
- ⁹⁶ Cf. JESUS, Damásio E. de. Op. cit., p. 137.
- ⁹⁷ Cf. JESUS, Damásio E. de. Op. cit., p. 137-138.
- ⁹⁸ Cf. JESUS, Damásio E. de. Op. cit., p. 163-164.
- ⁹⁹ Cf. MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 19.
- ¹⁰⁰ Cf. MARTINS, Sergio Pinto. Op. cit., p. 20 e p. 277.

- ¹⁰¹ Cf. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de direito da seguridade social*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 41-43.
- ¹⁰² Cf. MARTINS, Sergio Pinto. Op. cit., p. 26-27.
- ¹⁰³ Cf. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. Op. cit., p. 48-51.
- ¹⁰⁴ Cf. MARTINS, Sergio Pinto. Op. cit., p. 45.
- ¹⁰⁵ Cf. MARTINS, Sergio Pinto. Op. cit., p. 51-52.
- ¹⁰⁶ Cf. MARTINS, Sergio Pinto. Op. cit., p. 52-59.
- ¹⁰⁷ “Art. 154. A União poderá instituir: I – mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição”.

XI

DIREITO AMBIENTAL DIREITO DO CONSUMIDOR

Sumário: 1. Direito Ambiental – 2. Direito do Consumidor.

1. DIREITO AMBIENTAL

A proteção ao meio ambiente é uma questão de grande relevância na atualidade, tendo em vista que a sociedade moderna, apesar dos avanços e desenvolvimentos alcançados, muitas vezes acaba por acarretar a degradação ambiental¹.

Justamente em razão disso, a Constituição Federal de 1988, no art. 225, assegura a todos o direito ao *meio ambiente ecologicamente equilibrado*, considerado “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”, impondo ao Poder Público e à coletividade “o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

O meio ambiente é a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais, possibilitando o desenvolvimento equilibrado da vida².

A Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. De acordo com o seu art. 3.º, inciso I, entende-se por meio ambiente: “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Desse modo, Direito Ambiental é o ramo do Direito que regula a proteção do meio ambiente.

O Direito Ambiental, assim, estabelece as normas jurídicas que disciplinam a conduta humana em relação ao meio ambiente, com o fim de preservá-lo e protegê-lo.

O meio ambiente pode ser classificado nas seguintes espécies³:

- ***meio ambiente natural ou físico***: constituído pelo solo, água, ar atmosférico, flora e fauna;
- ***meio ambiente cultural***: valores históricos, ou seja, o patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico e turístico existentes em determinado país;
- ***meio ambiente artificial***: espaço urbano construído pelo ser humano, englobando o conjunto de edificações e espaços urbanos públicos;
- ***meio ambiente do trabalho***: local de realização da atividade laboral.

De acordo com o art. 23, incisos III, VI e VII, da Constituição Federal de 1988, é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

- proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

- proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;
- preservar as florestas, a fauna e a flora.

No que se refere à competência legislativa, conforme estabelece o art. 24, incisos VI, VII e VIII, da Constituição Federal de 1988, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

- florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;
- proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;
- responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Tendo em vista a necessária proteção ao *meio ambiente natural*, o § 1.º do art. 225 da Constituição Federal estabeleceu as seguintes incumbências do Poder Público, para assegurar a efetividade desse direito:

“I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à

crueldade.”

Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei (art. 225, § 2.º, da CF/1988).

As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (art. 225, § 3.º, da CF/1988).

Nesse sentido, adotando a responsabilidade objetiva em matéria de responsabilidade civil por danos ao meio ambiente, de acordo com o art. 14, § 1.º, da Lei 6.938/1981, o poluidor é obrigado, *independentemente da existência de culpa*, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.

A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são considerados “patrimônio nacional”, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais (art. 225, § 4.º, da CF/1988).

Quanto ao *meio ambiente cultural*, de acordo com o art. 216 da Constituição Federal de 1988, constituem *patrimônio cultural brasileiro* os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação (§ 1.º do art. 216 da CF/1988).

Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação

governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem (§ 2.º do art. 216 da CF/1988).

Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei (§ 4.º do art. 216 da CF/1988).

Quanto ao *meio ambiente artificial*, incide na disciplina da propriedade urbana e rural⁴.

Conforme art. 182 da Constituição Federal de 1988, a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Esclareça-se que o plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana (art. 182, § 1.º, da CF/1988).

Merece destaque, ainda, a previsão de que a propriedade urbana cumpre sua *função social* quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (art. 182, § 2.º, da CF/1988).

A respeito da propriedade rural, por sua vez, de acordo com o art. 186 da Constituição Federal, a sua *função social* é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

- I – aproveitamento racional e adequado;
- II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

O *meio ambiente do trabalho* também conta com previsão constitucional, conforme art. 200, inciso VIII, da Constituição Federal, destacando-se, ainda, o art. 7.º, incisos XXII e XXIII, os quais preveem os seguintes direitos: redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei.

O meio ambiente como um todo está inserido no âmbito dos direitos humanos fundamentais⁵, apresentando-se como um direito difuso ou coletivo, a ser tutelado por meio da ação civil pública⁶.

Desse modo, o art. 129, inciso III, da Constituição Federal de 1988, estabelece ser função institucional do Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública,

para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

A Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, disciplina a ação civil pública, indicando os entes legitimados para o seu ajuizamento (art. 5.º).

Destaca-se, ainda, o cabimento da ação popular também com o objetivo de defesa do meio ambiente, conforme prevê o art. 5.º, inciso LXXIII, da Constituição Federal de 1988, no sentido de que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

Há certa dificuldade de indicar com precisão a natureza jurídica do Direito Ambiental, levando em conta a tradicional divisão em Direito Público e Direito Privado. Há entendimento de que o Direito Ambiental insere-se no âmbito dos Direitos Difusos⁷, ou dos Direitos Sociais, tendo em vista que disciplina aspectos de relevante repercussão social, necessários para a própria vida humana de qualidade.

Na realidade, o meio ambiente, como bem jurídico essencial para a vida humana, é objeto de disciplina por diversos ramos do Direito, estando presente, assim, no Direito Constitucional, no Direito Administrativo, no Direito Penal, no Direito Civil, no Direito do Trabalho e no Direito Processual.

Ainda assim, caso mantida a clássica dicotomia (Direito Público e Direito Privado), levando em conta o critério preponderante, pode-se dizer que o Direito Ambiental integra o Direito Público, uma vez que o Estado, figurando em posição superior, determina as normas cogentes a serem observadas, com o fim de proteger interesses relevantes para toda a sociedade.

Podem ser destacados os seguintes princípios ambientais, ou seja, pertinentes ao Direito Ambiental⁸:

- ***princípio da prevenção***: no sentido de se evitar qualquer perigo de dano ou prejuízo ao meio ambiente.

De acordo com o princípio 15 da “Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento”, aprovada pela Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento, tendo-se reunido no Rio de Janeiro, de 3 a 21 de junho de 1992: “De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para

postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.

- ***princípio do desenvolvimento sustentável:*** no sentido de que o desenvolvimento econômico deve levar em conta a necessidade de defesa e preservação do meio ambiente, como prevê o art. 170, inciso VI, da Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, de acordo com o art. 4.º, inciso I, da Lei 6.938/1981, a Política Nacional do Meio Ambiente visará a tornar compatível “o desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico”.

- ***princípio do poluidor-pagador:*** o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo decorrente da poluição que causou (princípio 16 da “Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento”, Rio de Janeiro, 1992).

Como já mencionado, em matéria ambiental, o mandamento principal é no sentido de prevenir qualquer dano ao meio ambiente. Mesmo assim, caso ocorra algum dano a este bem jurídico, torna-se devida a reparação integral do dano causado (art. 225, § 3.º, da CF/1988, art. 14, § 1.º, da Lei 6.938/1981, o qual adota a teoria da responsabilidade civil objetiva).

Nessa linha, conforme o art. 4.º, inciso VII, da Lei 6.938/1981, a Política Nacional do Meio Ambiente visará “à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”.

- ***princípio da participação:*** no sentido de que a defesa e a preservação do meio ambiente são deveres tanto do Poder Público como da coletividade (art. 225, *caput*, da CF/1988).

Como dispõe o art. 4.º, inciso V, da Lei 6.938/1981, a Política Nacional do Meio Ambiente visará “à difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, à divulgação de dados e informações ambientais e à *formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico*” (destaquei).

- ***princípio da ubiquidade:*** tendo em vista que toda a sociedade e todos os povos devem se empenhar na preservação e na proteção do meio ambiente.

De acordo com a parte inicial do princípio 7 da “Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento” (Rio de Janeiro, 1992): “Os Estados devem cooperar, em um espírito de parceria global, para a conservação, proteção e restauração da saúde e da integridade do

ecossistema terrestre”.

2. DIREITO DO CONSUMIDOR

O Direito do Consumidor é o ramo do Direito que regula as relações de consumo, ou seja, as relações jurídicas entre consumidores e fornecedores, tendo como objeto produtos ou serviços.

O Direito do Consumidor é uma decorrência do surgimento e desenvolvimento da atual *sociedade de consumo*, caracterizada pelo *consumo em massa*, em que o consumidor figura em posição de desvantagem perante os fornecedores. O Direito do Consumidor, assim, tem a finalidade de estabelecer normas jurídicas de proteção, com o objetivo de equilibrar essa relação desigual, tendo em vista a vulnerabilidade do consumidor⁹.

O principal diploma legal sobre a matéria é a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, conhecido como Código de Defesa do Consumidor (CDC). Este apresenta, na realidade, um caráter multidisciplinar, representando um “microssistema jurídico”, regulando questões relativas, por exemplo, ao Direito Civil, ao Direito Administrativo, ao Direito Penal, ao Direito Processual Civil¹⁰.

Disso decorre, aliás, a dificuldade de se estabelecer a natureza jurídica do Direito do Consumidor, pois no CDC há normas jurídicas de naturezas diversas. Há entendimento de que o Direito do Consumidor está inserido no Direito Social, por regular relação jurídica de interesse social relevante, ou seja, a relação de consumo, protegendo o consumidor, tendo em vista a sua vulnerabilidade no mercado de consumo¹¹. Apesar disso, pelo critério preponderante, pode-se defender que o Direito do Consumidor, em si, integra o Direito Privado, pois disciplina relação entre particulares, ainda que as suas normas sejam consideradas de ordem pública¹², sabendo-se que todos os ramos do Direito regulam relações sociais.

Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (art. 2.º do CDC). Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Há intensa controvérsia na doutrina e na jurisprudência a respeito do alcance da expressão “destinatário final”. De todo modo, não se inclui na qualidade de consumidor aquele que adquire um bem para revendê-lo¹³.

De acordo com a “teoria finalista”, mais restritiva, o consumidor, como destinatário final, seria apenas aquele que adquire o bem para uso próprio e de sua família, ou seja, sem fins profissionais¹⁴.

Conforme a “teoria maximalista”, o Direito do Consumidor aplica-se de forma mais ampla, abrangendo o mercado de consumo como um todo, sem se restringir apenas ao consumidor não profissional, podendo ser consumidor mesmo aquele que adquire bem de produção para transformá-lo¹⁵.

Uma posição intermediária, chamada “finalismo aprofundado”, levando em conta a interpretação teleológica, defende ser possível reconhecer a qualidade de consumidor quando presente a vulnerabilidade, mesmo de uma pequena empresa ou de um profissional que adquiriu, por exemplo, um “produto fora de seu campo de especialidade”¹⁶.

Fornecedor, por sua vez, é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (art. 3.º do CDC).

Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

O Direito do Consumidor tem como um de seus princípios o reconhecimento da *vulnerabilidade* do consumidor no mercado de consumo (art. 4.º, inciso I, do CDC). Isso se justifica em razão do princípio da igualdade material, de modo que aqueles que se encontram em posição desigual devem receber tratamento desigual, na proporção dessa desigualdade¹⁷.

A vulnerabilidade pode ser técnica (ausência de conhecimentos específicos sobre o bem adquirido), jurídica (ausência de conhecimentos jurídicos), fática (socioeconômica) ou informacional (ausência de informações sobre o bem adquirido)¹⁸.

As normas de proteção e defesa do consumidor são de *ordem pública e interesse social*, nos termos dos arts. 5.º, inciso XXXII¹⁹, 170, inciso V²⁰, da Constituição Federal de 1988, e art. 48 de suas Disposições Transitórias²¹.

Quanto às fontes formais do Direito do Consumidor, cabe destacar o art. 7.º do respectivo Código: “Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade”.

-
- ¹ Cf. ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 506.
- ² SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 2.
- ³ Cf. ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Op. cit., p. 506; MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2004. p. 28-29.
- ⁴ Cf. ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Op. cit., p. 509.
- ⁵ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 62; ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Op. cit., p. 117-118; REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 225.
- ⁶ Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 148.
- ⁷ Cf. MELO, Raimundo Simão de. Op. cit., p. 33.
- ⁸ Cf. MELO, Raimundo Simão de. Op. cit., p. 48-55.
- ⁹ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 6-7.
- ¹⁰ Cf. FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 6-7.
- ¹¹ Cf. LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: contratos e declarações unilaterais; teoria geral e espécies*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. v. 3, p. 181.
- ¹² Cf. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 257.
- ¹³ Cf. NUNES, Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 73.
- ¹⁴ Cf. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 304.
- ¹⁵ Cf. MARQUES, Claudia Lima. Op. cit., p. 304-305.
- ¹⁶ MARQUES, Claudia Lima. Op. cit., p. 304-305.
- ¹⁷ Cf. LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 95.
- ¹⁸ Cf. MARQUES, Claudia Lima. Op. cit., p. 320-334.
- ¹⁹ Art. 5.º, inciso XXXII, da CF/1988: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do

consumidor”.

- ²⁰ Art. 170, inciso V, da CF/1988: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V – defesa do consumidor”.
- ²¹ Art. 48 do ADCT: “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO DIREITO COMUNITÁRIO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Sumário: 1. Direito Internacional Público – 2. Direito Comunitário – 3. Direito Internacional Privado – 4. Fontes do Direito Internacional Público: 4.1 Tratados; 4.2 Costume internacional; 4.3 Princípios gerais de direito; 4.4 Decisões judiciais (jurisprudência) e doutrina; 4.5 Atos unilaterais; 4.6 Decisões das organizações internacionais.

1. DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

O Direito Internacional Público é o ramo do Direito que rege as relações internacionais, envolvendo os Estados entre si e com os organismos internacionais.

Como os Estados são igualmente soberanos, essas relações são de coordenação. Assim sendo, os Estados é que decidem se sujeitar às normas internacionais, considerando-as obrigatórias para a paz, a ordem e a harmonia global¹.

No plano internacional não se verifica, portanto, uma “autoridade superior”, pois os Estados é que “se organizam horizontalmente, e prontificam-se a proceder de acordo com normas jurídicas na exata medida em que estas tenham constituído objeto de seu consentimento”².

O Direito Internacional Público, também chamado (principalmente em suas origens) de “Direito das gentes”, desse modo, funda-se no “consentimento”, ou seja, no princípio *pacta sunt servanda* (o que foi pactuado deve ser cumprido)³.

Caso o Estado tenha se vinculado a certa norma internacional, mas a desrespeite, o Estado lesado e a comunidade internacional podem impor sanções ao Estado transgressor, inclusive com o objetivo de que a cumpra, estabelecendo, por exemplo: rompimento de relações diplomáticas, pedido de explicações, abertura de inquéritos pelas organizações internacionais, aplicação de sanções econômicas⁴.

No que se refere à relação entre o Direito Internacional Público e o Direito Interno, observam-se as seguintes teorias.

A *teoria dualista* defende que o Direito Internacional Público e o Direito Interno são totalmente independentes e distintos.

Na *teoria monista*, por sua vez, há uma vertente que defende a unidade da ordem jurídica, tendo no Direito Internacional Público o grau mais elevado, devendo as ordens internas a ele se ajustar. A outra vertente da teoria monista defende o primado da ordem interna dos Estados soberanos, que têm a faculdade de se vincular aos preceitos de Direito Internacional Público.

Os sujeitos de Direito Internacional Público são os Estados soberanos, a Santa Sé e as organizações internacionais.

Há entendimento no sentido de que os indivíduos também são sujeitos de Direito Internacional Público, sabendo-se que certas normas reconhecem-lhe direitos e preveem obrigações.

No entanto, para outra corrente, o indivíduo não possui personalidade jurídica de Direito

Internacional, por não ter ampla prerrogativa de postular, no âmbito internacional, a garantia de seus direitos⁵.

2. DIREITO COMUNITÁRIO

A evolução e a intensificação das relações entre os Estados deu origem ao processo de formação de blocos econômicos, especialmente em âmbito regional, envolvendo a cooperação e a integração entre os países.

Nesse processo de integração, a primeira etapa é a chamada “zona de livre comércio”, na qual ocorre a redução ou eliminação de restrições ao comércio entre os países integrantes do grupo.

A etapa seguinte é a “união aduaneira”, estabelecendo-se uma Tarifa Externa Comum (TEC) para o comércio com terceiros, a ser aplicada por todos os países integrantes do bloco econômico.

Avançando ainda mais, tem-se a fase de “mercado comum”, com a livre circulação de pessoas, serviços, bens, mercadorias e capitais (fatores de produção).

Por fim, tem-se a fase de “união política, econômica e monetária”, estabelecendo-se uma política externa comum. Como exemplo, tem-se justamente a União Europeia⁶.

Os antecedentes da União Europeia remontam ao Tratado de Paris (1951), que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), e aos Tratados de Roma (1957), instituindo a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia de Energia Atômica (CEEA ou EURATOM).

Em 7 de fevereiro de 1992 foi assinado, em Maastricht, o Tratado da União Europeia, “consolidando a união econômica e monetária, bem como o espaço de livre circulação”⁷. Posteriormente, em 2 de outubro de 1997, foi assinado o Tratado de Amsterdã, em vigor a partir de maio de 1999, tratando de questões relacionadas à cidadania europeia. Por sua vez, o Tratado de Nice, assinado em 26 de fevereiro de 2001, objetivou a reforma do sistema institucional. Em Nice também foi adotada, em 2000, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Há, ainda, Cartas Sociais no âmbito do Conselho da Europa e da União Europeia, podendo-se destacar a Carta Social de Turim (1961) e a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores (1989).

A União Europeia alcançou estágio em que se verifica a liberdade de circulação de mercadorias, de pessoas, dos serviços e dos capitais.

Nesse enfoque, o Direito Comunitário é o ramo do Direito decorrente de tratados

comunitários, referindo-se ao conjunto de normas jurídicas supranacionais, positivadas pelos órgãos comunitários.

Os tratados que deram origem à formação da União Europeia são considerados as fontes primárias do Direito Comunitário. As suas fontes secundárias, por sua vez, são os Regulamentos, as Diretivas e as Decisões.

Na União Europeia, os Regulamentos têm alcance geral e obrigatório, sendo aplicáveis diretamente em cada Estado-membro. As Diretivas também são obrigatórias, mas as autoridades dos Estados-membros podem escolher a forma para essa consecução. As Decisões são atos voltados para casos concretos, sendo consideradas normas obrigatórias, ainda que individuais, quando dirigidas a particulares.

3. DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

O Direito Internacional Privado é o ramo do Direito que estabelece a norma a ser aplicada às relações jurídicas que mantêm ligação com duas ou mais ordens jurídicas independentes.

Por isso, há autores que mencionam tratar o Direito Internacional Privado da disciplina dos conflitos de leis no espaço⁸.

Há relações jurídicas (ou seja, relações humanas regidas pelo Direito) ligadas a duas ou mais ordens jurídicas independentes (de dois ou mais países), cabendo ao Direito Internacional Privado determinar qual dos sistemas jurídicos deve ser aplicado⁹.

Assim, apesar da denominação, na realidade, o Direito Internacional Privado é formado principalmente de normas jurídicas internas, pertencentes ao ordenamento jurídico nacional, as quais determinam qual a norma jurídica aplicável (se a lei nacional ou a lei estrangeira) para reger relações jurídicas conexas com duas ou mais legislações (ou seja, de dois ou mais países), contendo normas diversas sobre a mesma questão jurídica¹⁰. Trata-se, portanto, de Direito interno, estabelecido em cada Estado¹¹.

A norma de Direito Internacional Privado normalmente não disciplina, diretamente, a relação jurídica em si, mas apenas determina qual a lei a ser aplicada para regular a referida relação social. Entende-se, assim, tratar-se de normas de direito sobre direito¹².

As chamadas “regras de conexão” são as normas previstas pelo Direito Internacional Privado, indicando a norma jurídica aplicável às relações jurídicas ligadas a duas ou mais ordens jurídicas de diferentes países. As “regras de conexão” decorrem do “elemento de conexão”, entendido como o “centro de gravidade” da relação jurídica¹³. Por exemplo, de acordo com o art. 7.º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “A lei do país em

que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família”. Assim sendo, para questões jurídicas envolvendo personalidade, nome, capacidade e direitos de família, o elemento de conexão é o domicílio, aplicando-se, assim, a lei do domicílio da pessoa.

Há entendimento, ainda, de que o Direito Internacional Privado, além de regular os conflitos de normas jurídicas no espaço, também abrange a disciplina da nacionalidade, da condição jurídica do estrangeiro e do conflito de jurisdições (competência do Poder Judiciário de cada país para solucionar conflitos envolvendo pessoas, coisas ou interesses que superam os limites de um único Estado)¹⁴.

Entende-se que o Direito Internacional Privado é ramo do Direito Público¹⁵, pois estabelece a disciplina a ser seguida pelo aplicador do Direito, notadamente pelo juiz (autoridade), na solução de conflitos de leis incidentes em certas relações jurídicas ligadas a ordens jurídicas distintas e independentes, levando em conta preceitos estabelecidos pelo Estado, o qual figura em relação de poder, tratando-se de normas jurídicas que disciplinam a aplicação do próprio Direito¹⁶.

Esclareça-se que o Direito Internacional Privado abrange a disciplina do conflito de leis de diferentes naturezas, podendo se tratar de conflito entre leis de Direito Público ou de Direito Privado. Além disso, há conflitos de leis que são decorrentes, na realidade, de determinadas qualificações das pessoas envolvidas na relação jurídica, as quais também são disciplinadas pelo Direito Internacional Privado¹⁷.

Registre-se, ainda, a seguinte previsão do art. 17 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

A principal fonte formal do Direito Internacional Privado é a “legislação interna de cada sistema”¹⁸.

De forma abrangente, podem ser indicadas as seguintes fontes formais de Direito Internacional Privado¹⁹:

- **lei:** com destaque, no Brasil, para a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro;
- **jurisprudência:** decisões dos juízes e tribunais a respeito da lei aplicável em casos de conflitos de leis no espaço, envolvendo fatos jurídicos internacionais (relações jurídicas ligadas a duas ou mais ordens jurídicas, ou seja, de dois ou mais países);
- **tratados e convenções:** há relevantes tratados e convenções dispendo sobre

conflitos de leis no espaço, ou seja, estabelecendo as leis a serem aplicadas. Como exemplo, destaca-se a *Convenção de Direito Internacional Privado*, de Havana, aprovada em 1928, conhecida como *Código de Bustamante*, ratificado pelo Brasil (promulgação pelo Decreto 18.871, de 13 de agosto de 1929);

- **costume.**

Destaca-se, ainda, o relevante papel da doutrina no Direito Internacional Privado²⁰, ao interpretar, orientar e influenciar a jurisprudência e mesmo o legislador.

4. FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

As principais fontes formais do Direito Internacional Público são os tratados internacionais, os costumes internacionais e os princípios gerais de direito.

De acordo com o Estatuto da Corte de Haia, de 1920, mantido no atual Estatuto da Corte Internacional de Justiça (com sede em Haia, conforme art. 22), de 1945, são as seguintes as fontes formais do Direito Internacional Público, ou seja, as suas formas de expressão:

- convenções internacionais, gerais ou especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
- as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito;
- equidade: utilização facultada sob certas condições, ou seja, se as partes concordarem com a decisão de uma questão por meio da equidade (“A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem”).

Além disso, também podem ser mencionados os atos unilaterais (dos Estados) e as decisões proferidas por organizações internacionais²¹.

4.1 Tratados

Tratado pode ser definido como “todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito

internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”²².

Esclareça-se serem sinônimos os termos “tratado” e “convenção”.

Sobre o tema, cabe destacar a Convenção de Viena sobre o Direito dos tratados, de 1969. Os tratados são regidos pelo Direito Internacional Público, tendo como fundamento o consentimento, ou seja, o princípio *pacta sunt servanda*²³.

O tratado internacional, por ser um acordo formal, exige a forma escrita²⁴.

As suas partes são necessariamente pessoas jurídicas de Direito Internacional Público, ou seja, os Estados soberanos, a Santa Sé e as organizações internacionais²⁵.

O tratado, como acordo formal, é ato jurídico que produz efeitos jurídicos, ou seja, gera direitos, obrigações e prerrogativas, com o que também possui natureza de norma jurídica²⁶.

Os chamados “*gentlemen’s agreement*”, não se confundem com os tratados, por serem acordos pessoais entre estadistas, não gerando vínculo jurídico para os Estados, mas apenas um compromisso moral, enquanto os Estados estiverem sob governo dos signatários²⁷.

Quanto ao número de partes, os tratados podem ser assim classificados:

- ***tratado bilateral***: envolve apenas duas partes;
- ***tratado multilateral***: quando são três ou mais os pactuantes.

As normas internacionais, mesmo depois de celebradas no âmbito internacional, devem passar por um processo de aprovação, para somente então integrar o ordenamento jurídico nacional.

Sobre o tema, destaca-se a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal:

“[...] É na Constituição da República – e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas – que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto. O *iter* procedimental de incorporação dos tratados internacionais – superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo

Chefe de Estado – conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes.” (STF, Pleno, ADI-MC 1.480/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04.09.1997, DJ 18.05.2001).

Em conformidade com o art. 84, inciso VIII, da Constituição da República, compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

Essa *celebração* do tratado, convenção, acordo ou ato internacional, em regra, compõe-se de três fases distintas:

- negociação, em que se discutem as disposições e o teor da norma a ser firmada;
- conclusão, na qual se decide a respeito do conteúdo que integrará a norma internacional;
- assinatura, ou seja, ato que simboliza e materializa a celebração da norma na esfera internacional.

A celebração, em si, do tratado, normalmente é tarefa desempenhada pelo Presidente da República, como chefe de Estado, representando no âmbito internacional o País, podendo ser assessorado por membros do corpo diplomático nacional.

Mesmo após a celebração do tratado ou outras modalidades de norma internacional, isso ainda não significa a sua incorporação ao ordenamento jurídico nacional. Faz-se necessária, assim, a sua *aprovação* pelo Estado, conforme as regras do seu Direito Interno.

Nesse sentido, de acordo com o art. 49, inciso I, da Constituição Federal de 1988, é da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

O mencionado dispositivo aplica-se a todas as modalidades de normas internacionais a serem objeto de aprovação, devendo-se interpretar em sentido amplo a previsão de sua parte final.

O Congresso Nacional pode aprovar ou rejeitar a norma internacional celebrada. A aprovação se dá por meio de Decreto legislativo.

Após essa aprovação, a norma internacional deve ser objeto de *ratificação*, entendida

em termos estritos, ou seja, como a comunicação internacional de que a norma foi aprovada internamente, normalmente por meio de depósito no órgão internacional.

A norma internacional celebrada, aprovada e ratificada, deve ser *promulgada* pelo Presidente da República, por meio de Decreto presidencial, atestando a validade da norma jurídica.

Por fim, a promulgação da norma jurídica deve ser *publicada* no Diário Oficial da União, para receber a publicidade que se exige para a entrada em vigor.

Há intensa controvérsia quanto ao patamar hierárquico que a norma jurídica internacional passa a ocupar no ordenamento nacional, depois de aprovada, ratificada, promulgada e publicada²⁸.

O entendimento tradicional, já adotado pelo Supremo Tribunal Federal²⁹, é no sentido da sua posição como lei ordinária. Essa corrente defende que a norma internacional fica em posição inferior à norma constitucional, a qual detém a supremacia no ordenamento jurídico, em manifestação da soberania do Estado.

Há quem defenda, no entanto, que as normas internacionais, em sendo pertinentes à matéria de direitos humanos fundamentais, uma vez passando a integrar o ordenamento jurídico nacional, o fazem com o patamar das normas constitucionais, na forma do art. 5.º, § 2.º, da Constituição Federal de 1988, que assim prevê:

“§ 2.º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O art. 4.º, inciso II, da mesma Constituição da República, confirmaria essa interpretação, ao assim estabelecer:

“Art. 4.º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]

II – prevalência dos direitos humanos”.

A Emenda Constitucional 45/2004 acrescentou o § 3.º ao art. 5.º da CF/1988, introduzindo importante modificação sobre o tema:

“§ 3.º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados,

em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Desse modo, é possível entender que existem duas modalidades de tratados e convenções internacionais:

- a) normas internacionais sobre direitos humanos, hipótese em que, se forem aprovadas na forma do art. 5.º, § 3.º, da CF/1988, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Se forem aprovadas sem alcançar o referido *quorum* especial, as mencionadas normas não deixam de integrar o ordenamento jurídico, mas o fazem, ao menos no aspecto formal, sem a hierarquia de emenda constitucional. No entanto, mesmo neste último caso, em termos materiais, é possível defender a equiparação às normas constitucionais, conforme art. 5.º, § 2.º, da CF/1988.

- b) normas internacionais sobre temas distintos, hipótese em que após a aprovação, passam a figurar no ordenamento jurídico com a hierarquia equivalente às leis ordinárias.

Além disso, tendo em vista a previsão do art. 5.º, § 3.º, da Constituição da República, verifica-se a existência de duas correntes a respeito das normas internacionais aprovadas antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional 45/2004:

- a) a primeira corrente, de certa forma majoritária, entende que as normas internacionais anteriormente aprovadas, para adquirirem o status de emenda constitucional, devem ser aprovadas, novamente, de acordo com o *quorum* especial do § 3.º do art. 5.º da CF/1988;
- b) a segunda corrente defende que as normas internacionais aprovadas antes da Emenda Constitucional 45, em sendo pertinentes aos direitos humanos fundamentais, já possuem o patamar equivalente às emendas constitucionais, com base no art. 5.º, § 2.º, da CF/1988, pois não prevista, ao caso específico, regra semelhante à estabelecida pela mesma EC 45 quanto às Súmulas do STF já aprovadas, e a possibilidade de serem elas convertidas em Súmulas vinculantes (art. 8.º da EC 45³⁰).

Tendo em vista o princípio da irretroatividade, incidente quanto à eficácia das normas jurídicas no tempo, pode-se defender que as normas internacionais aprovadas antes da

Emenda Constitucional 45/2004, para adquirirem, *formalmente*, o status de emenda constitucional, devem ser novamente aprovadas de acordo com o *quorum* especial do § 3.º do art. 5.º da Constituição da República. No entanto, mesmo assim, defende-se a aplicação, ao caso, do § 2.º do art. 5.º da Constituição Federal, o que resulta, *em termos materiais*, na equiparação às normas constitucionais, quanto ao tratado internacional sobre direitos humanos.

Ainda a respeito da hierarquia dos tratados sobre direitos humanos, cabe registrar relevantes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária do dia 03 de dezembro de 2008.

O STF estendeu a proibição de prisão civil por dívida, prevista no art. 5.º, inciso LXVII, da Constituição Federal de 1988, à hipótese de infidelidade no depósito de bens, e também à alienação fiduciária, tratada nos dois recursos mencionados, passando a entender que “a prisão civil por dívida é aplicável apenas ao responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia” (Recursos Extraordinários 349703 e 466343). Prevaleceu o entendimento de que a segunda parte do dispositivo constitucional que versa sobre o assunto, excetuado o inadimplente com alimentos, tornou-se inaplicável por ausência de lei que defina rito processual e prazos, sabendo-se que o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), ratificado pelo Brasil e promulgado pelo Decreto 678/1992, proíbe, em seu art. 7, n. 7, a prisão civil por dívida, excetuado (apenas) o “inadimplemento de obrigação alimentar”.

O STF decidiu no mesmo sentido, ainda, o *Habeas Corpus* 87585, tendo revogado a Súmula 619, do STF, segundo a qual “a prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”. A tese majoritária, que prevaleceu no STF, foi no sentido de conferir status supralegal (acima da legislação ordinária) aos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil, situando-os, no entanto, em nível hierárquico abaixo da Constituição Federal. Essa corrente admite conferir aos referidos tratados sobre direitos humanos status constitucional, se aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, conforme § 3.º do art. 5.º da CF/1988, acrescentado pela Emenda Constitucional 45/2004. Foram votos vencidos parcialmente, defendendo o status constitucional dos tratados sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil, os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie³¹.

Finalmente, foram editadas, primeiro, a Súmula Vinculante 25 do STF, depois a Súmula 419 do STJ, com o seguinte teor, respectivamente:

“STF, SV 25. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do

depósito”.

“STJ, Súm. 419. Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel”.

4.2 Costume internacional

A norma jurídica costumeira resulta da prática geral de certa conduta aceita como sendo Direito.

O costume, também no plano internacional, é composto de dois elementos³²:

- **elemento material:** a prática geral, ou seja, a repetição, ao longo do tempo, de certa conduta, no caso, pelas pessoas jurídicas de Direito Internacional Público;
- **elemento subjetivo:** a convicção, no caso, pelas pessoas jurídicas de Direito Internacional Público, de que se deve proceder dessa forma, por ser o correto e necessário.

Entende-se que a parte que alega a norma costumeira internacional deve provar a sua existência, o que pode ser feito por meio de jurisprudência internacional ou tratados que mencionem os costumes³³.

No Direito Internacional Público não se reconhece a existência de hierarquia entre tratado e costume³⁴.

4.3 Princípios gerais de direito

Os “princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas” (no sentido de Estados em que existe uma ordem jurídica), também são arrolados como fonte formal do Direito Internacional Público, conforme o Estatuto da Corte de Haia (Corte Internacional de Justiça, com sede na cidade de Haia)³⁵.

Como exemplos, podem ser mencionados os princípios da boa-fé, da coisa julgada, do direito adquirido, *pacta sunt servanda*, *lex posterior derogat priori*, *nemo plus juris transferre potest quam ipse habet* (ninguém pode transferir mais direitos do que possui)³⁶.

Destacam-se, ainda, os chamados “grandes princípios gerais” do Direito Internacional Público na era atual: princípios da não agressão, da solução pacífica dos litígios entre Estados, da autodeterminação dos povos, da coexistência pacífica, do desarmamento, da proibição da propaganda de guerra³⁷.

4.4 Decisões judiciais (jurisprudência) e doutrina

O art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (Corte de Haia) também faz menção às decisões judiciais e à doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, “como meio auxiliar para a determinação das regras de direito”.

Desse modo, entende-se que constituem fontes auxiliares (subsidiárias) do Direito Internacional Público.

Esclareça-se que, de acordo com o art. 59 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, a decisão da Corte “só será obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão”.

As decisões judiciais em questão, como fontes do Direito Internacional Público, são aquelas proferidas por tribunais internacionais, como é o caso da Corte Internacional de Justiça (Corte de Haia).

A “doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações”, por sua vez, não apresenta caráter obrigatório, mas exerce importante função de esclarecer e indicar o alcance e o sentido de outras fontes formais do Direito Internacional Público.

4.5 Atos unilaterais

Embora os atos unilaterais (emanados da vontade de uma pessoa jurídica de Direito Internacional Público) não estejam expressamente indicados no art. 38 do Estatuto da Corte de Haia, podem ser entendidos como fontes formais do Direito Internacional Público, quando produzem certas consequências jurídicas, podendo criar obrigações, como ocorre na ratificação, adesão ou denúncia de um tratado³⁸.

Além disso, há atos unilaterais de Estados soberanos que apresentam natureza normativa e que podem produzir efeitos externos, tornando-se fonte formal do Direito Internacional Público, uma vez que podem ser invocados por outros Estados. Nesse sentido, podem ser indicadas as leis ou decretos em que o Estado determina a extensão de seu mar territorial ou a zona econômica exclusiva³⁹.

4.6 Decisões das organizações internacionais

As decisões das organizações internacionais também não estão expressamente previstas no art. 38 do Estatuto da Corte de Haia.

Elas são normalmente proferidas sob os títulos de Resolução, Recomendação, Declaração, Diretriz⁴⁰.

Essas decisões, na realidade, são deliberações tomadas dentro da organização internacional, por exemplo, por certos órgãos que integrem a sua estrutura. A eficácia e a

obrigatoriedade dessas deliberações são temas que dependem “do sistema constitucional da organização”⁴¹, conforme previsão em seus estatutos e normas internas.

De todo modo, as decisões das organizações internacionais não se confundem com os tratados e convenções internacionais.

Por exemplo, a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 1948, não apresenta a mesma natureza jurídica de um tratado, pois não se trata de um acordo formal entre pessoas jurídicas de Direito Internacional Público⁴².

-
- ¹ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 264-265.
- ² REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 1.
- ³ Cf. REZEK, José Francisco. p. 3.
- ⁴ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 264-265.
- ⁵ Cf. REZEK, José Francisco. p. 159: “Os raríssimos foros internacionais acessíveis a indivíduos – ou mesmo a empresas – são-no em virtude de um compromisso estatal tópico, e esse quadro pressupõe a existência, entre o particular e o Estado copatrocinador do foro, de um vínculo jurídico de sujeição, em regra o vínculo de nacionalidade”.
- ⁶ Cf. LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 10. ed. São Paulo: Método, 2006. p. 187-188.
- ⁷ BELTRAN, Ari Possidonio. *Direito do trabalho e direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2002. p. 144.
- ⁸ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 257.
- ⁹ Cf. DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 2; CASTRO, Amilcar de. *Direito internacional privado*. 5. ed. aum. e atual. com notas de rodapé por Osiris Rocha. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 45.
- ¹⁰ Cf. DOLINGER, Jacob. Op. cit., p. 5-6.
- ¹¹ Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 257; CASTRO, Amilcar de. Op. cit., p. 76-82.
- ¹² Cf. DOLINGER, Jacob. Op. cit., p. 47.
- ¹³ DOLINGER, Jacob. Op. cit., p. 257-258.
- ¹⁴ Cf. DOLINGER, Jacob. Op. cit., p. 1-2.
- ¹⁵ Cf. DOLINGER, Jacob. Op. cit., p. 7.
- ¹⁶ Cf. CASTRO, Amilcar de. Op. cit., p. 86-90.
- ¹⁷ Cf. DOLINGER, Jacob. Op. cit., p. 16-23.
- ¹⁸ DOLINGER, Jacob. Op. cit., p. 6.
- ¹⁹ DOLINGER, Jacob. Op. cit., p. 61-73.
- ²⁰ Cf. DOLINGER, Jacob. Op. cit., p. 63-64; CASTRO, Amilcar de. Op. cit., p. 119-120.
- ²¹ Cf. REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 9.
- ²² REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 14.
- ²³ Cf. REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 134: “O Estado há de obedecer a quanto prescrevem os pactos em que ele seja parte justamente porque pactuou, no livre exercício de sua soberania, e aquilo que foi pactuado é para ser cumprido de boa-fé”.
- ²⁴ Cf. REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 17.

²⁵ Cf. REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 18.

²⁶ Cf. REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 19.

²⁷ Cf. REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 19-21.

²⁸ Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 122-126.

²⁹ “[...] *Subordinação normativa dos tratados internacionais à Constituição da República*. No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do *treaty-making power*, pelo Estado brasileiro – não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) –, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional. Controle de constitucionalidade de Tratados Internacionais no Sistema Jurídico Brasileiro. O Poder Judiciário – fundado na supremacia da Constituição da República – dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência.

Paridade normativa entre atos internacionais e normas infraconstitucionais de direito interno. Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes.

Tratado internacional e reserva constitucional de lei complementar. O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio *pacta sunt servanda*, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público. Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil – ou aos quais o Brasil venha a aderir – não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive

pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno” (STF, Pleno, ADI-MC 1.480/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04.09.1997, *DJ* 18.05.2001).

³⁰ “Art. 8.º As atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial.”

³¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100258>>.

³² Cf. REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 122-125.

³³ Cf. REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 126-128.

³⁴ Cf. REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 129.

³⁵ Cf. REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 138.

³⁶ Cf. REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 139-140.

³⁷ Cf. REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 138.

³⁸ Cf. REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 140-141.

³⁹ Cf. REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 141.

⁴⁰ Cf. REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 144.

⁴¹ REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 145.

⁴² Cf. REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 145.

BIBLIOGRAFIA

A

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica: sujeitos e objeto*. Coimbra: Almedina, 2003. v. 1.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Introdução à história do direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

B

- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BELTRAN, Ari Possidonio. *Direito do trabalho e direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2002.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. v. 1.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, revisão técnica Claudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

C

CASTRO, Amilcar de. *Direito internacional privado*. 5. ed. aum. e atual. com notas de rodapé por Osiris Rocha. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de direito da seguridade social*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

D

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1.

_____. _____. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2.

_____. _____. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 3.

_____. *Fundamentos do direito processual civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. t. 2.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

F

- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *O poder constituinte*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 3. ed. São Paulo: RT, 1982.

G

- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de António Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. rev., atual. e aum. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. *Obrigações*. 12. ed. rev. e atual, por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- _____; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

J

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Manual de direito financeiro e tributário*. São Paulo: Saraiva, 1993.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.

K

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1976.

KÜMPEL, Vitor Frederico. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Método, 2007.

L

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 10. ed. São Paulo: Método, 2006.

_____. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: contratos e declarações unilaterais; teoria geral e espécies*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. v. 3.

_____. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 9. ed. rev. e atual. pelo Prof. José Serpa de Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. v. 1.

M

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Direito processual do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *O pluralismo do direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001.

MASCARO, Alysso Leandro. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e interpretação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 40. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

_____. *Curso de direito civil: direito das obrigações, 1.^a parte*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 4.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 27. ed. São Paulo: RT, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

N

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NETO, Pedro Vidal. *Estudo sobre a interpretação e aplicação do direito do trabalho*. 1985. Tese (Livre-docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal: introdução e parte geral*. 29. ed. atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1.

NUNES, Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

O

OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de direito financeiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

P

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil*. 21. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1.

R

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 2.

_____. *Lições preliminares de direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

_____. *Direito civil: parte geral das obrigações*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2.

S

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Seguridade social como direito fundamental material*. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. A teoria da justiça e o direito do trabalho. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). *Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. v. 1, p. 168-179.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011. v. 1, parte 1.

T

TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Filosofia do direito*. São Paulo: Max Limonad, [entre 1965 e 1967]. t. 2.